

ÉLÉMENTS

DE

DROIT ROMAIN.

Bruxelles, — Typographie mécanique de CH. VANDERAUWERA, Montagne aux-Herbes-Potagères, 22

ÉLÉMENTS

DE

DROIT ROMAIN

PAR

CHARLES MAYNZ

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES.

DEUXIÈME ÉDITION.



TOME PREMIER.





BRUXELLES & LEIPZIG,

AUG. SCHNÉE ET COMP[ie], ÉDITEURS,

1, RUE VILLA-HERMOSA.

1856

AVANT-PROPOS.

Quand je préparai, il y a quelques années, la première édition de ce Manuel, je n'avais d'autre intention que d'offrir aux étudiants en droit un exposé purement théorique des principes fondamentaux de la législation romaine. Cependant, après la publication de la première livraison qui renfermait l'introduction historique, je fus engagé de divers côtés, à donner une plus grande extension à mon travail de manière à le rendre utile au jurisconsulte pratique. Malgré les difficultés que présentait cette combinaison, j'essayai de déférer à ce désir. Je ne pouvais ni ne voulais sacrifier le caractère originaire de l'ouvrage qui est, avant tout, un livre d'enseignement; mais je crus pouvoir atteindre le but désiré, en donnant plus de développement à l'exposé théorique et en y ajoutant un choix de textes renfermant la solution des questions les plus importantes. Quand le sujet le comportait, j'eus soin d'indiquer, en quelques mots, la teneur des décisions légales invoquées. Dans la plupart des cas, je me bornais à les transcrire ou même à les citer, tout en ayant soin de les grouper dans un ordre méthodique. Le premier groupe présente toujours les lois qui consacrent le principe énoncé; viennent ensuite régulièrement les applications de ce principe, suivies des modifications et exceptions qu'il peut subir; en dernier lieu se trouvent les questions plus compliquées, résultant de la combinaison de plusieurs principes différents. Quand pareille classification était impossible ou présentait peu d'utilité à cause du petit nombre des citations, j'ai cru convenable de suivre l'ordre du *Corpus juris*,

comme étant le plus facile pour les recherches, sauf dans les développements historiques où il fallait bien se soumettre à l'ordre indiqué par la chronologie des faits et des sources. — C'est ainsi que les notes du Manuel, avec les citations qu'elles contiennent, forment un commentaire pratique des règles et principes énoncés dans le texte.

J'aurais voulu, dans cette seconde édition, citer tous les ouvrages en langue française, publiés depuis la rénovation des études du droit romain, qui en France et dans les Pays-Bas a été due surtout à l'initiative énergique de MM. Blondeau, Holtius et Warnkönig. Le peu de temps dont j'avais à disposer et l'impossibilité de me procurer les matériaux nécessaires m'ont empêché de réaliser ce projet. Quant à la bibliographie moderne des autres pays, parmi lesquels l'Allemagne figure naturellement en première ligne, j'ai cru devoir être sobre de citations, et n'en faire que quand il s'agissait de questions particulièrement importantes et d'ouvrages facilement accessibles. C'est cependant un devoir pour moi de mentionner ici d'une manière générale l'*Histoire du droit romain* de M. Walter, qui m'a été d'un grand secours surtout dans la partie qui traite de l'organisation politique de Rome, et particulièrement pour les citations des auteurs anciens.

Bruxelles, le 9 juin 1856.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION.

Histoire des institutions politiques de Rome. — Sources du droit romain.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

Depuis la fondation de Rome jusqu'à la loi des Douze Tables (1-304 *de Rome*. — 753-450 *avant J. C.*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

DEUXIÈME ÉPOQUE.

Depuis la loi des Douze Tables jusqu'à la fin de la république (305-723 *de Rome.* — 449-31 *avant J. C.*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

TROISIÈME ÉPOQUE.

Depuis Auguste jusqu'à Dioclétien (723-1037 *de Rome.* — 31 *avant J. C.*- 284 *de l'ère chrétienne.*)

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

QUATRIÈME ÉPOQUE.

Depuis Dioclétien jusqu'à la mort de Justinien (1037-1318 *de Rome.* — 284-565 *de l'ère chrétienne*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

LIVRE PREMIER.

Notions générales et préliminaires.

TITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

TITRE DEUXIÈME.

DES PERSONNES.

TITRE TROISIÈME.

DES CHOSES.

TITRE QUATRIÈME.

DES ACTES ET DE LEURS EFFETS JURIDIQUES.

TITRE CINQUIÈME.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS. — DES ACTIONS.

LIVRE DEUXIÈME.

Des droits réels.

INTRODUCTION.

DES DROITS RÉELS EN GÉNÉRAL ET DE LA POSSESSION.

TITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

TITRE DEUXIÈME.

DES SERVITUDES.

TITRE TROISIÈME.

DE L'EMPHYTÉOSE.

TITRE QUATRIÈME.

DU DROIT DE SUPERFICIE.

TITRE CINQUIÈME.

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE.

EXPLICATIONS DES ABRÉVIATIONS ET SIGNES.

Auth.	*Authentica. Voy.* ci-après page 105, note 6.
c.	*Caput*, chapitre.
Cf.	*Confer*, comparez.
C.—J. C.—Th. C.	*Codex. - Justinianeus Codex. - Theodosianus Codex.*
D.	*Digesta*, Digeste ou Pandectes.
Fr.	Fragments du Digeste.
L.	Lois des Codes de Théodose et de Justinien.
Pr; pr.	*Principium* ou *proœmium*
Tit; Titt.	*Titulus; Tituli.*
v. vv.	*Verbo*, au mot. *verbis*, aux mots. Exemple : Festus, vv. *Publica sacra. Curia*, c'est-à-dire, Festus, aux mots *Publica sacra* et *Curia*.
*	Ce signe, ajouté à un mot ou à une phrase latine indique que la locution n'est pas romaine et doit son origine aux commentateurs modernes.

(C.—J. C.—Th. C. to Pr; pr.: Voyez ci-après pages 12 sqq.)

Quant aux signes de ponctuation, employés dans les citations, le point (.) sert à séparer des chiffres appartenant à la même division, tandis que la virgule (,) indique que le chiffre suivant constitue une subdivision du chiffre qui le précède. Ainsi :

Gaius IV, 5. 7.	Gaius, livre IV, §§ 5 et 7.
Paul III, 6, 10.	Paul, livre III, titre 6, § 10.
Paul II, 22. 23.	Paul, livre II, titres 22 et 23.
Paul, II, 22. 23, 5.	Paul, livre II, titre 22 et titre 23, § 5.

INTRODUCTION.

HISTOIRE DES INSTITUTIONS POLITIQUES DE ROME. SOURCES DU DROIT ROMAIN.

IDÉES GÉNÉRALES SUR L'ORIGINE DU DROIT.

§ 1.

On assigne d'ordinaire aux lois des différents peuples une origine bien précise. C'est Moïse qui donne des lois aux Hébreux ; Minos, aux Crétois ; Lycurgue, aux Spartiates ; Romulus et Numa, aux Romains. Il faut se garder de prendre ces traditions à la lettre. Les lois et les institutions d'un peuple ne s'improvisent pas. Tout au plus est-il donné à un homme de génie de saisir, comme d'un coup d'œil, l'ensemble des rapports qui se trouvent établis entre les membres d'une agrégation d'êtres humains, de coordonner méthodiquement ces rapports, d'en prévoir et d'en régler le développement. Encore cette tâche, à la naissance d'un peuple, paraît-elle au-dessus des forces d'un homme. Aussi les anciens, quand ils n'attribuent pas aux lois une origine divine, prêtent-ils du moins aux législateurs l'assistance d'une divinité.

L'amour du merveilleux et le besoin de simplifier toutes les causes, deux faits qui dominent l'esprit humain à son enfance, et qui agissent longtemps encore sur le vulgaire, même alors que les sociétés sont plus avancées dans la recherche de leur origine, expliquent assez comment ces traditions s'admettent et se perpétuent. Ce qui pourrait nous étonner davantage, c'est que des hommes éminents en aient subi l'influence à tel point qu'ils se sont crus assez forts pour marcher sur la trace de ces héros fabuleux et donner à des peuples qu'ils connaissaient à peine des législations qui sortaient de leur tête tout armées comme la Minerve de Jupiter. Ainsi Locke se crut appelé à être le Lycurgue de la Caroline ; Rousseau

rêva la réorganisation de la Corse et de la Pologne [1]; Sieyès ne cessa d'inventer des constitutions pour la France; et Bentham essaya de créer pour l'Espagne un nouveau droit politique.

Ce n'est que vers la fin du dix-huitième siècle que ces théories superficielles et fausses furent sérieusement combattues. C'est à l'école historique que l'on doit ce progrès. Les jurisconsultes et les historiens de cette école n'admettent comme source du droit ni des révélations spontanées du génie des législateurs, ni des idées universelles et communes au genre humain. Ils soutiennent que chaque peuple forme un ensemble organique, distinct de tous les autres par sa nature même. Le caractère individuel d'un peuple, disent-ils, se révèle particulièrement de trois manières : d'abord par la langue, l'élément le plus caractéristique de toute nation; ensuite, par les mœurs, c'est-à-dire les habitudes de la vie sociale; et enfin par l'application de ce génie national aux relations des individus entre eux, ce qui constitue insensiblement le droit de la nation. De même qu'il est impossible de créer artificiellement une langue nationale, des mœurs nationales, de même on ne peut improviser un droit national, la source du droit n'est pas la loi; mais le droit existe de lui-même dès qu'un peuple existe. C'est la manifestation immédiate du caractère propre de ce peuple.

§ 2.

C'est avec raison que l'école historique combat l'hypothèse d'après laquelle les mœurs et les idées d'un peuple seraient des institutions artificielles, des créations arbitraires. Mais en admettant une origine spontanée et, pour ainsi dire, instinctive, du droit, elle arrive en dernière analyse à nier l'humanité et à la remplacer par une foule d'êtres organiques distincts. Non; le droit n'est pas une création artificielle de tel ou tel homme de génie; mais il n'est pas non plus une manifestation presque matérielle et fatale du milieu spécial dans lequel vit et se meut telle ou telle portion de l'humanité qu'on appelle une nation. L'origine du droit est plus haut. C'est une idée générale et commune au genre humain, dont l'existence immédiate et éternelle résulte nécessairement de la nature libre de l'homme. Tout droit national n'est qu'une création postérieure, qu'une application de cette idée aux différentes relations qui se présentent dans la vie sociale. Cette application est plus ou moins heureuse, selon que la nation qui l'a

[1] Cependant Rousseau, tout en sacrifiant aux anciennes traditions, comprenait fort bien que le droit d'un peuple doit être basé sur les mœurs, et il ne se faisait pas illusion sur les obstacles qui s'opposaient à l'exécution des projets dont l'avaient chargé quelques nobles Corses et Polonais. Pour s'en convaincre il suffit de lire ses *Lettres à M. Butta-Foco* et les premières pages de ses *Considérations sur le gouvernement de la Pologne,* qui contiennent la protestation la plus éloquente contre la tendance aventureuse que nous avons signalée.

faite a su maintenir l'idée originaire ou l'a laissée se modifier ou se dénaturer. Nous ne pouvons, à la vérité, montrer rigoureusement comment les diverses institutions de droits nationaux ont pu se former, parce que les renseignements historiques suffisants nous manquent. Encore ne serait-il pas impossible, à l'aide du peu de renseignements que nous avons, de découvrir et d'expliquer l'origine de beaucoup de ces institutions. D'abord ce qui milite en faveur de notre système, c'est l'uniformité des idées de droit chez la plupart des peuples sauvages dont les mœurs sont simples et paisibles. Ce n'est que lorsque l'augmentation de la population ou des événements extérieurs rendent plus difficile l'application des idées générales, que le droit national prend un caractère particulier, exclusif. C'est ainsi que le droit des Romains, restreints d'abord à un petit territoire, entourés d'ennemis et condamnés à des guerres continuelles dans lesquelles il s'agissait de l'existence de la nation, et même de tous ses membres, a dû nécessairement à toutes ces circonstances réunies un caractère très-prononcé d'individualisme et d'exclusivité. Par contre, les Germains, peuple à moitié nomade ou chasseur, occupant de vastes étendues de terres, ont conservé longtemps un droit patriarcal et approchant du communisme [2]. Si nous trouvons chez eux une institution très-exclusive, le système féodal, cette aberration bizarre du droit germanique a une origine accidentelle bien précise; elle est due à la conquête, et à l'oppression, fruit de la démoralisation qui a suivi la conquête. Et la propriété romaine ne devrait-elle pas aussi son origine à la conquête? A Rome le javelot est le symbole de la propriété, et l'ancien terme dont on se sert pour la désigner, *mancipium*, signifie butin.

Quoi qu'il en soit, ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans de plus grands détails; il nous suffit d'avoir fait entrevoir la possibilité que, nonobstant les idées communes au genre humain, des droits nationaux divers entre eux aient pu se former par suite de causes également diverses. Cela admis, il est évident que ces droits ont dû se former et se développer par la force des choses, sans qu'il fût besoin de l'intervention d'aucune autorité extérieure.

Mais plus le peuple et plus le droit s'étendent, moins ce développement naturel peut suffire. Les relations se compliquent, le nombre des citoyens s'accroît, l'expression du sentiment général s'affaiblit, ou du moins il ne

[2] Cette tendance de l'ancien droit germanique est si prononcée, qu'il est difficile de trouver dans l'origine le principe de la propriété individuelle. Nous verrons ci-après, quand nous nous occuperons de cette matière, que le territoire des Romains constituait aussi originairement une communauté, bien que la propriété individuelle s'y manifeste dès les premiers temps. Chez les peuples germaniques le caractère originaire se maintint avec plus d'intensité jusque dans les coutumes du moyen âge. Il en est de même du droit slave, où les premières traces de la propriété individuelle territoriale ne remontent guère au delà du douzième siècle. *Voy.* ci-après § 177.

peut plus s'appliquer instantanément et incessamment à tous les faits qui naissent. Alors il devient nécessaire de constater l'assentiment général et de le formuler en loi; l'autorité suprême s'empare du droit, tantôt en suivant l'impulsion originaire, tantôt en cherchant à lui donner une autre direction. Presque partout nous voyons qu'aussi longtemps que durent les grandes luttes de la civilisation, le droit national s'éloigne de plus en plus des idées générales, du droit naturel. Mais lorsque ces crises sont passées, lorsque les institutions positives ont atteint leur apogée, on sent le besoin de quitter la voie exclusive. C'est alors à l'autorité législative de bien guider l'esprit de la nation; c'est alors que la loi ne doit plus se borner à être l'expression des mœurs nationales, elle doit en même temps servir d'éducation au peuple.

§ 5.

Nous trouvons ces différentes phases dans l'histoire du droit romain, quoiqu'à la vérité le dernier degré de son développement ne présente pas la solution heureuse qu'on aurait pu espérer. Le droit des Romains est aussi vieux que le peuple même. Il est vrai que presque tous les auteurs anciens le font dériver du pouvoir législatif des premiers rois; mais les contradictions et les invraisemblances qui se trouvent dans leurs récits sont si frappantes que nous sommes forcés de les considérer comme appartenant à la mythologie des peuples. La science critique s'est occupée à y démêler le vrai. Le mérite des premières recherches en ce sens revient à de Beaufort, historien français qui vécut au commencement du dix-huitième siècle [3]. Vers la même époque, le jurisconsulte napolitain J. B. Vico émettait des idées neuves et souvent fort heureuses sur l'organisation de Rome [4]. Enfin, de nos jours, Niebuhr opéra une révolution complète dans l'histoire romaine, et tout ce qui a été fait et découvert depuis n'est que la suite de l'impulsion donnée par lui [5].

[3] De Beaufort. *Sur l'incertitude des cinq premiers siècles de l'histoire romaine*. Première édition, sans nom d'auteur, 1738; nouvelle édition, 1750, 2 vol. — Le même. *La République romaine, ou Plan général de l'ancien gouvernement de Rome*. La Haye, 1766, 2 vol. Paris 1767, 6 vol. — Au reste, déjà avant de Beaufort quelques auteurs avaient révoqué en doute certaines parties de l'histoire romaine, entre autres Perizonius dans ses *Animadversiones historicæ*. Amsterdam, 1685.

[4] J. B. Vici *De universi juris uno principio et fine uno*. Naples, 1720. — *Liber alter qui est de constantia jurisprudentiæ*. Naples, 1721. — *Notæ in duos libros, alterum, etc.* Naples, 1722. — Le même. *Cinque libri de' principj d'una Scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni*. Naples, 1725, 1732, 1744. Milan, 1801. — Une traduction française de ce dernier ouvrage a été publiée par M. Michelet sous le titre : *Principes de la philosophie de l'histoire, traduits de la* Scienza nuova *de J. B. Vico, et précédés d'un discours sur le système et la vie de l'auteur*. Paris, 1828.

[5] B. G. Niebuhr. *Römische Geschichte*. 3 tomes. Le tome premier parut en 1811, le qua-

Or, de toutes les recherches faites jusqu'aujourd'hui il résulte que l'origine du droit romain remonte aux premiers temps de l'État. Le droit, à cette époque, apparaît éminemment national et exclusif; peut-être y en eut-il même deux : l'un pour le peuple vainqueur, les patriciens; l'autre pour le peuple vaincu, les plébéiens. Quoi qu'il en soit, ces deux éléments se confondirent, et la loi des Douze Tables, en modifiant et fixant le droit traditionnel, acheva presque entièrement leur fusion en un seul et même droit national, *jus civile Romanorum* ou *Quiritium*.

Dès ce moment, l'influence de l'autorité législative devint plus forte. Mais ce furent les magistrats chargés de l'administration de la justice qui contribuèrent le plus à développer le droit existant. Les Préteurs, suivant pas à pas le mouvement progressif des idées et de l'opinion publique, modifièrent peu à peu le *jus civile* et le ramenèrent à des idées moins exclusives, ou, comme les Romains disent, au *jus gentium*, c'est-à-dire au droit que les simples lumières de la raison ont fait établir chez tous les hommes, et qui est également observé chez tous les peuples.

L'œuvre des Préteurs fut continuée et complétée par la science des jurisconsultes, qui parvint à son apogée dans les deux premiers siècles de l'ère chrétienne. Les Empereurs, devenus dépositaires du pouvoir législatif, suivirent plus ou moins heureusement l'impulsion donnée; et à l'époque où ce mouvement s'arrête, nous trouvons la plupart des institutions du droit privé arrivées à un tel degré de développement qu'elles ont servi de modèle à presque toutes les législations modernes, et qu'aujourd'hui encore le droit romain, par application à ces législations, conserve l'autorité de raison écrite.

MONUMENTS ET OUVRAGES DE L'ANTIQUITÉ, SERVANT A L'ÉTUDE DE L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

§ 4. *Inscriptions, monnaies, documents authentiques.*

Les sources les plus pures auxquelles nous puissions recourir pour suivre l'étude du droit romain dans son origine et dans son développement historique, sont évidemment les monuments et les documents authentiques de l'antiquité qui sont parvenus jusqu'à nous; mais le nombre en est peu considérable, et sous ce rapport ils ont moins d'importance pour nous que les auteurs anciens, tant ceux qui se sont particu-

trième édition en fut publiée en 1833 à Berlin; le tome II, paru en 1812, eut une troisième édition en 1836; le tome III a été publié après la mort de l'auteur en 1832. — Une traduction française de cet ouvrage a été faite par DE GOLBÉRY. Paris et Strasbourg, 1829. 6 tomes (réimprimée à Bruxelles).

lièrement occupés de notre science, que les autres, qui nous fournissent quelquefois des renseignements précieux.

Parmi les monuments de l'antiquité, nous distinguons en premier lieu les *inscriptions* [6], et notamment :

1. Des fragments de la loi *Thoria agraria* de l'an 643 de Rome. La même table d'airain, sur laquelle se trouve cette loi, contient de l'autre côté :

2. Une partie de la loi *Servilia repetundarum*, qui fut portée vers 650 de Rome. Voyez ci-après § 38.

3. Des fragments d'une autre loi *de repetundis*, probablement de la loi *Acilia*, d'une date un peu plus récente.

4. Une loi connue sous le nom de *Plebiscitum de Thermensibus*, par laquelle les droits de cité libre furent accordés à la ville de Thermessus en Pisidie, vers 682 de Rome. Elle est gravée sur une table d'airain. Voyez ci-après § 37.

5. D'une grande importance sont les fragments d'une table d'airain trouvée, en 1732, à Héraclée près de Tarente, d'où ils ont reçu le nom de *Tabula Heracleensis*. L'un de ces fragments fut vendu en Angleterre : de là *æs britannicum*; l'autre resta à Naples : de là *æs neapolitanum*. Actuellement tous deux se trouvent dans cette dernière ville. Le plébiscite qui y est gravé date probablement des premières années du huitième siècle de Rome et traite de l'organisation municipale en Italie. D'après une hypothèse, savamment développée par M. de Savigny [7], ce serait le fragment d'une loi de Jules César, ayant pour but de soumettre les municipes d'Italie à un régime uniforme, *lex Julia municipalis*. Voyez ci-après §§ 31, 37, 57.

6. Une table d'airain à deux colonnes, découverte à Veleja en 1760, et se trouvant actuellement au musée de Parme, contient quelques chapitres fort importants d'une loi qui est probablement de quelques années postérieure à la *Tabula Heracleensis* et se rapporte à l'organisation judiciaire et à l'administration de la justice dans le Gaule cisalpine. C'est par ce motif qu'on l'appelle ordinairement *lex Galliæ cisalpinæ*. Quelques auteurs lui

[6] Il ne peut entrer dans le plan d'un livre élémentaire de donner des renseignements complets sur toutes les inscriptions qui se rapportent au droit romain, et d'énumérer les ouvrages qui ont été écrits sur cette matière. Nous nous bornons à citer les collections de Gruterus, *Thesaurus inscriptionum*. Amsterdam, 1707, 4 vol., et de Grævius, *Thesaurus antiquitatum romanorum*, Utrecht, 1694-1699, 12 vol. — Une collection moins étendue, mais très-bien faite, a été publiée par M. Orelli, *Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio, etc.* Zurich, 1828, 2 vol. in-8. — Les inscriptions que nous avons indiquées dans le texte sous les nos 4, 7, 9a, 11 et 13 se trouvent dans Terrasson, *Histoire de la jurisprudence romaine*, Appendice, nos 19, 5 et 6, 1, 38, 43 et 44. — Le recueil de MM. Blondeau et Bonjean que nous citerons ci-après § 6, Obs. 1, contient la *lex Galliæ cisalpinæ*, la *Tabula Heracleensis*, et les deux édits de Turcius Apronianus. — Enfin toutes les inscriptions qui ont quelque importance pour l'histoire du droit romain seront rassemblées dans le grand recueil qui se publie actuellement à Bonn, sous le titre : *Corpus juris civilis antejustiniani*. *Voy.* § 6, Obs. 1.

[7] M. de Savigny dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Tome IX, n° 11, p. 300-378.

donnent aussi le nom de *lex Rubria* qui se trouve dans le texte même de l'inscription. Voyez ci-après §§ 37 et 57.

7. Un fragment assez étendu d'une loi *de scribis et viatoribus*.

8. La dernière partie de la loi par laquelle le pouvoir impérial fut déféré à Vespasien, *lex de imperio Vespasiani*. Voyez ci-après § 49.

9. Trois sénatus-consultes, dont l'un contre les Bacchanales, *SC. de Bacchanalibus* de l'an 568 de Rome, gravé sur une table d'airain trouvée dans la Calabre. Les deux autres, du temps des empereurs Claude et Néron, trouvés à Herculanum, se rapportent à la police des bâtiments.

10. Deux édits de préfets d'Egypte, en langue grecque, contre les exactions des soldats et contre certains abus administratifs, de 49 et 68 de l'ère chrétienne.

11. Une table d'airain, trouvée en 1747 à Veleja et conservée dans le musée de Parme, contient une liste de fonds de terre hypothéqués pour sûreté d'une rente fondée par Trajan, à ce qu'il paraît, en faveur d'un nombre déterminé d'orphelins. Cette inscription est connue sous le nom de *Obligatio prædiorum* ou *Tabula alimentaria Trajani*. Voyez ci-après § 110. — Deux documents analogues ont été découverts depuis peu aux environs de Terracine et dans l'ancienne Ligurie [8].

12. Un édit de Dioclétien de 303, fixant le prix de certaines denrées, autres que céréales, et le taux des salaires.

13. Deux édits de L. Turcius Apronianus, préfet de la ville de Rome, contenant des dispositions relatives au débit de la viande et en faveur des marchands de viande de porc, *suarii*, de 339 de l'ère chrétienne.

Les monnaies anciennes fournissent des indications souvent importantes pour l'histoire en général, et par conséquent pour l'histoire du droit romain [9].

Nous possédons également des originaux d'actes juridiques et autres qui sont d'une assez grande utilité, et qui jettent même quelquefois un nouveau jour sur des points douteux de droit. Quelques-uns de ces documents ont un caractère officiel, par exemple, les procès-verbaux émanés d'une autorité, *acta*, *gesta*, les congés accordés aux soldats; d'autres, non moins importants, sont des actes privés, par exemple, des testaments, des contrats [10].

[8] Nous en donnerons le texte ci-après § 110.

[9] A consulter surtout les ouvrages suivants : SPANHEMIUS, *Dissertatio de præstantia et usu numismatum antiquorum*. Éditions : Rome, 1664, in-4°; Amsterdam, 1671, in-4°; Londres et Amsterdam, 1706 et 1717, in-fol. — ECKHEL, *Doctrina numorum veterum*. Vienne, 1792-1798, 1826. 8 vol. et un supplément in-4°. — MIONNET, *Description de médailles antiques grecques et romaines*. Paris. 1806-1813. 1819-1833. 6 vol. et 6 vol. supplémentaires in-8°. — F. DE SAULCY, *Essai de classification des suites monétaires byzantines*. Metz, 1836.

[10] Plusieurs de ces documents sont imprimés dans TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine*, Appendice, n° 71 et suivants. — Un plus grand nombre se trouve recueilli dans

§ 5. *Auteurs anciens non jurisconsultes.*

Quoique les auteurs anciens qui ont traité spécialement du droit forment évidemment la source principale de notre science, nous trouvons cependant aussi des renseignements précieux, surtout pour l'histoire du droit romain, dans d'autres ouvrages de l'antiquité. Parmi les ouvrages latins, ce sont les écrits de Cicéron qui nous en fournissent le plus, tant ses oraisons que ses œuvres philosophiques, — particulièrement *de republica, de legibus, de officiis*, — et ses œuvres rhétoriques, particulièrement *Brutus, de oratore, topica*, — et même ses lettres [11]. Après lui vient Aulu-Gelle, auteur de la première moitié du second siècle, qui nous a conservé dans ses *Noctes atticæ* de nombreux passages de lois et d'auteurs anciens, et nous fait connaître en outre plusieurs détails sur différentes institutions du droit public et du droit privé des Romains. Pour le droit public on trouve des données abondantes dans les historiens Tite-Live, et son abréviateur Florus sous Adrien, Tacite sous Vespasien et Trajan, Suétone sous Adrien, dans Æl. Spartianus, Vulcatius Gallicanus, Trebellius Pollio, Flavius Vopiscus, Æl. Lampridius et Jul. Capitolinus, qui écrivirent sous Dioclétien et Constantin, et qu'on a l'habitude de comprendre sous le nom de *Scriptores historiæ Augustæ*. Nous en trouvons moins dans Jules César, Cornelius Nepos, Salluste et Velleius Paterculus.

Outre ces historiens nous remarquons Valère-Maxime, Pline l'Ancien (*Historia naturalis*), Pline le Jeune (*Epistolæ* et *Panegyricus Trajani*), Symmaque, qui, vers la fin du quatrième siècle, écrivit des épîtres sur le modèle de Pline.

Les rhéteurs nous fournissent également des indications utiles, particulièrement Sénèque sous Auguste, et Quintilien sous Domitien; mais plus encore les grammairiens Varron, contemporain de Cicéron, et qui écrivit *de lingua latina;* Festus, qui fit un extrait de l'ouvrage de Verrius Flaccus, *de verborum significatione*, Nonius Marcellus, Macrobe dans ses *Saturnalia* et son Commentaire *in Somnium Scipionis*, et Isidore, évêque de Séville au commencement du septième siècle, dont les vingt livres *Originum s. Etymologiarum* sont d'une grande utilité. De même, les commentateurs de Cicéron, Asconius Pedianus sous les premiers empe-

Spangenberg, *Juris romani tabulæ negotiorum solemnium...... superstites.* Leipzig, 1812, et dans un ouvrage analogue de Haubold que Spangenberg a publié sous ce titre : *Antiquitatis romanæ monumenta legalia extra libros juris romani sparsa, etc.* Berlin, 1830. — La collection la plus complète de ce genre sera celle qui se trouvera dans le *Corpus juris civilis antejustiniani* de Bonn. *Voy.* § 6, Obs. 1.

[11] *Voy.* pour les détails ci-après § 47.

reurs [12], et Boëce (*Boëthius*) qui vécut sous Théodoric, roi des Ostrogoths, et fit un commentaire sur les *Topica*.

Pour certaines parties du droit romain nous devrons quelquefois recourir aux auteurs qu'on comprend ordinairement sous le nom de *Scriptores rei rusticæ*, savoir Caton, Varron, *de re rustica*, Columella au premier siècle de l'ère chrétienne, et Palladius sous Valentinien et Théodose, ainsi qu'aux écrits des arpenteurs, *Scriptores rei agrariæ* ou *agrimensores*, savoir, S. Jul. Frontinus, Siculus Flaccus, Hygenus et Aggenus Urbicus.

On peut consulter aussi avec fruit les philosophes, même les poëtes, surtout les comiques, et les commentateurs de poëtes, particulièrement Donat sur Térence, Servius sur Virgile, Acron et Porphyrion sur Horace.

Les Pères de l'Église, tant latins que grecs, ne sont pas sans intérêt pour l'histoire de l'Empire.

Parmi les auteurs grecs, nous distinguons surtout les historiens Polybe, Denys d'Halicarnasse qui, dans ses *Antiquités*, donne les renseignements les plus étendus sur l'état de Rome pendant les premiers siècles, Diodore de Sicile, sous Auguste, Plutarque, Appien, *des Guerres civiles*, Hérodien au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne, Dion Cassius sous Alexandre Sévère avec ses abréviateurs Jo. Xiphilinus et Jo. Zonaras, Zosime au commencement du cinquième siècle, Procope vers le milieu du siècle suivant. Nous possédons en outre un ouvrage assez utile d'un contemporain de l'empereur Justinien, Jo. Laurentius Lydus, intitulé : περὶ ἀρχῶν τῆς Ῥωμαίων πολιτείας, *de magistratibus reipublicæ Romanæ*.

§ 6. *Ouvrages de droit.*

Aucun des ouvrages de droit qui nous ont été conservés n'est antérieur au second siècle de l'ère chrétienne. Nous nous bornons ici à en faire une énumération sommaire :

1. Les *Institutes* de Gaius, jurisconsulte du temps de Marc-Aurèle. Des parties assez considérables de cet ouvrage avaient été reçues dans la collection des lois romaines faite sur les ordres d'Alaric II, roi des Visigoths, et connue sous le nom de *Lex romana Visigothorum* ou *Breviarium Alaricianum*. En 1816 Niebuhr découvrit à Vérone un palimpseste qui contenait l'ouvrage non altéré et presque complet en quatre livres. Göschen en publia la première édition en 1820, à Berlin. Voyez ci-après, § 69.

[12] Nous avons sous le nom d'Asconius Pedianus des commentaires sur neuf discours de Cicéron. Mais ceux sur la *divinatio in Cæcilium* et sur les discours contre Verrès paraissent avoir une origine beaucoup plus récente.

2. Des fragments d'un ouvrage du jurisconsulte Ulpien, *Liber singularis Regularum*. Ils se composent de 29 titres et ont été publiés d'après un ancien manuscrit en 1549, par Jean du Tillet, *Jo. Tilius*, évêque de Meaux. Voyez ci-après § 70.

3. *Sententiæ receptæ* du jurisconsulte Paul, ouvrage composé de cinq livres, trouvé dans le *Breviarium Alaricianum*, et publié dans l'édition de ce recueil par Sichard. Voyez ci-après § 70.

4. Des fragments peu considérables des jurisconsultes Pomponius, Papinien et Modestin, et un fragment d'un jurisconsulte inconnu, peut-être de Paul : *Fragmentum veteris jurisconsulti de jure fisci*, retrouvé par Niebuhr dans le palimpseste de Gaius et publié dans l'édition de Göschen.

5. L. Volusii Maeciani *Assis distributio*, probablement du jurisconsulte Volusius Maecianus qui vécut sous Antonin. La première édition se trouve dans le *Breviarium Alaricianum* de Sichard. Il y a de Balbus, *mensor* sous Auguste, un ouvrage qui traite du même sujet : *de asse minutisque ejus portiunculis*.

6. Un fragment de Dositheus, grammairien du troisième siècle de l'ère chrétienne, écrit en grec et en latin, et connu sous le nom de *Fragmentum de juris speciebus et de manumissionibus*. Première édition de Cujas. Il y a du même auteur une collection de décisions et de lettres de l'empereur Adrien.

7. Une collection de fragments de jurisconsultes et de constitutions impériales, découverte à Rome par l'abbé Maï, et publiée par lui en 1823, à Rome. On les cite ordinairement sous le nom de *Vaticana juris romani fragmenta*. L'auteur de cette collection est inconnu. On peut la rapporter à la fin du quatrième siècle. Voyez ci-après § 81.

8. *Lex Dei, sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio*. Recueil de règles de droit mosaïque et de passages de droit romain, d'un auteur inconnu, probablement de la fin du cinquième siècle. Première édition de P. Pithou en 1573. Voyez ci-après § 81.

9. Un recueil d'avis d'un auteur inconnu du cinquième ou sixième siècle, publié par Cujas en 1563, sous le titre : *Consultatio veteris jurisconsulti*. Voyez ci après § 81.

10. Le *code Théodosien*, collection de constitutions d'empereurs, faite sur les ordres de Théodose II, empereur d'Orient, vers l'an 438 de l'ère chrétienne, composée de seize livres. Avant le seizième siècle on n'en connaissait que les parties qui sont transcrites dans le *Breviarium Alaricianum*. Du Tillet et Cujas trouvèrent beaucoup d'autres fragments. Enfin de nos jours de nouvelles découvertes nous ont rendu en grande partie les cinq premiers livres qui manquaient. La première édition du code Théodosien est celle de Sichard (voyez le numéro suivant), celle de Jacques Gode-

froi (*Gothofredus*) est beaucoup plus riche. D'autres éditions plus complètes ont été faites dans les dernières années. Voyez ci-après § 82.

11. Les *Novelles Théodosiennes* et *Post-Théodosiennes*, constitutions impériales publiées après le Code Théodosien par Théodose II, ses corégents et successeurs. Voyez ci-après § 82.

12. *Lex Romana Ostrogothorum* ou *Edictum Theodorici*, de peu d'importance pour nous. Voyez ci-après § 83.

13. *Lex Romana Visigothorum* ou *Breviarium Alaricianum*, nommé ainsi d'après Alaric II, roi des Visigoths, qui fit faire cette collection pour les sujets romains de son royaume au commencement du sixième siècle. Elle contient quelques ouvrages de jurisconsultes et des constitutions impériales, le tout accompagné d'une *Interpretatio*. C'est par cette compilation qu'on a eu la première connaissance de Gaius, du Code Théodosien et des Novelles de Théodose, et sans elle nous n'aurions ni les *Sententiæ receptæ* de Paul, ni les fragments de deux recueils de constitutions impériales connus sous le nom de *codex Gregorianus* et *codex Hermogenianus*. La seule édition qui ait paru de cet ouvrage est de Sichard en 1528. Voyez ci-après § 83.

14. *Lex Romana Burgundionum*, collection faite pour les sujets romains de son royaume par Gondebaud, roi des Bourguignons, entre 517 et 534. Par une erreur de Cujas, qui en publia la première édition, ce recueil a reçu et conservé le nom de « *Papiani responsum* » ou « *le Papien*. » Voyez ci-après § 83.

15. Enfin la grande collection de l'empereur Justinien, sur laquelle nous donnerons au § 83 de plus amples détails et qui contient les parties suivantes :

a. Les Institutes, Institutiones; ouvrage élémentaire fait d'après le plan des Institutes de Gaius. Elles se composent de quatre livres, dont chacun est divisé en plusieurs titres.

b. Les Pandectes ou *le Digeste*, *Pandectæ*, *Digesta*, collection de fragments de jurisconsultes, divisée en cinquante livres, dont chacun se compose de plusieurs titres, à l'exception des livres 30, 31 et 32, qui n'ont pas de subdivision.

c. Le Code, *Codex;* collection de constitutions impériales en douze livres, dont chacun comprend plusieurs titres.

d. A ces trois parties, publiées par Justinien, on a ajouté une collection de constitutions promulguées postérieurement par lui et par deux de ses successeurs, et qu'on appelle *Novelles*, *novellæ constitutiones*.

16. Avec Justinien se ferme la série des sources de notre science; mais il y a encore quelques publications postérieures qui nous fournissent souvent des indications utiles, savoir : *la paraphrase des Institutes*, par Théophile; les *Basiliques*, œuvre législative des empereurs Basile et Léon VI, et d'autres ouvrages dont il sera question au § 84.

Observation 1. Il existe plusieurs recueils des sources de droit antérieures à la compilation de Justinien : 1° Schulting, *Jurisprudentia vetus antejustinianea... cum commentariis*, etc. Leyde 1717, réimprimée à Leipzig, 1737. Cette collection contient l'abrégé de Gaius tel qu'il se trouve dans la *lex Romana Visigothorum*, Paul, Ulpien, les codes Grégorien et Hermogénien, la *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, des fragments de Papinien et Modestin, la *consultatio veteris jurisconsulti*, le Papien et les sentences et épitres de l'empereur Adrien, par Dosithée; le tout accompagné de notes précieuses. — 2° Hugo, *Jus civile antejustinianeum*, Berlin 1815, contient de plus que Schulting le code Théodosien avec les novelles et quelques autres ouvrages de moindre importance. — 3° *Corpus juris civilis antejustiniani*, qui se publie à Bonn depuis 1835. Ce sera le recueil le plus complet. — Des collections moins étendues à l'usage des écoles ont été publiées dans ces derniers temps sous divers titres : *Juris civilis ecloga, juris civilis enchiridion*, etc. Nous signalons parmi ces recueils le tome II des *Institutes de l'empereur Justinien*, etc., par MM. Blondeau et Bonjean. Paris, 1839.

Observation 2. Il nous reste à dire quelques mots sur la manière dont on cite ordinairement les ouvrages de droit que nous avons énumérés dans ce paragraphe. La plupart d'entre eux sont divisés en livres, titres, paragraphes, etc., ce qui détermine d'avance le mode de citation. Ainsi Gaius, *instit.* II, 7 ou simplement Gaius II, 7 veut dire Gaius, *institutiones*, livre II, paragraphe sept. Ulpiani *regulæ*, XVII, 6 ou simplement Ulpien XVII, 6 veut dire, paragraphe 6 du titre 17 des fragments d'Ulpien. Pauli *S. R.*, IV, 8, 6 ou simplement Paul IV, 8, 6 veut dire Pauli *sententiæ receptæ*, livre IV, titre 8, paragraphe 6. — La chose est plus simple encore quand l'ouvrage cité n'est divisé qu'en chapitres ou en paragraphes, sans autre subdivision. Par exemple, *Vaticana fragm.* 210 est le numéro ou § 210 des fragments du Vatican. De même, *Consultat. veteris jcti*, 4., ou *De jure fisci* § 5 [13].

Mais à l'égard de la collection de Justinien et du code Théodosien on suit différentes méthodes. Ces ouvrages sont divisés, comme nous l'avons fait observer, en livres et titres. Chaque livre et chaque titre portent une inscription. Anciennement [14] on avait l'habitude de ne mentionner dans les citations que cette inscription; on ne citait pas même les subdivisions des titres par leur numéro d'ordre, mais par les premiers mots. Ainsi,

[13] Quelques auteurs modernes, particulièrement Hugo, n'admettent point ces divisions pour plusieurs des auteurs anciens, et préfèrent citer d'après la page et la ligne du manuscrit. Mais, s'il est vrai que les divisions généralement adoptées sont en grande partie arbitraires, on ne peut nier que celles de M. Hugo ne soient purement accidentelles et surtout peu commodes.

[14] Nous indiquerons ci-après § 86 le mode suivi par les glossateurs, et celui qui se trouve observé dans les éditions glosées du *Corpus juris*.

quand on trouvait la citation suivante : *L. Si duobus* §. *sin autem C. communia de legatis*, il fallait d'abord chercher dans le code le titre intitulé « *Communia de Legatis*, » qui est le 43me du sixième livre, puis dans ce titre la loi qui commence par les mots « *si duobus* », qui est la 3me, et dans cette loi le § commençant par « *sin autem*. » Ce mode nécessitait des recherches très-fastidieuses dans les tableaux alphabétiques qu'on a l'habitude d'ajouter aux éditions du corps de droit. Dans les derniers temps on a remplacé ces indications par de simples numéros d'ordre. D'après cette méthode, la citation mentionnée se présenterait sous la forme suivante : L. 3. § 3. C. VI, 43. Nous suivrons cette méthode; toutefois nous ajouterons l'inscription du titre [15], d'abord parce que cette indication familiarise peu à peu les commençants avec la topographie de nos sources, ensuite parce que l'expérience nous a prouvé qu'en feuilletant on oublie facilement le numéro du titre, tandis que les mots qui forment l'inscription restent dans la mémoire. Ainsi nous dirons : *L.* 3. § 3. *C. communia de legatis*. VI, 43, c'est-à-dire la loi 3, § 3, du titre du code qui est intitulé « *Communia de Legatis* » lequel est le 43me du sixième livre.

Quant à la désignation des différentes parties, nous nous servirons de l'initiale I. pour les Institutes; de D. ou P., pour le Digeste ou les Pandectes; de C. pour le Code; et nous distinguerons le code Théodosien en ajoutant Th. [16]. D'habitude on donne indifféremment la dénomination de loi, *lex*, à tous les passages de ces divers livres de droit; nous préférons distinguer les textes du Digeste par le terme *fragment* (Fr.) qui leur convient évidemment mieux que le nom de *lex* (L.) dont nous nous servirons pour désigner les dispositions législatives qui se trouvent dans les Codes.

Voici donc un tableau de notre manière de citer les passages de la collection de Justinien et du code de Théodose.

Pr. I. *de rerum divisione*, 2, 1, c'est-à-dire le commencement (*Pr. principium* ou *prœmium*) du titre des Institutes qui traite « *de rerum divisione* » et qui est le premier du second livre.

§ 20. I. *de legatis*, 2, 20.

[15] M. Schrader, dans sa belle édition du *Corpus juris*, suit le même principe, mais observe un autre ordre. Ainsi, au lieu de L. 3, § 3, C. *communia de legatis* 6, 43, il met : C. *comm. de legatis* 6, 43. L. 3, § 3. Cet ordre est à la vérité plus logique, puisqu'il commence par la division principale pour finir par la dernière subdivision ; mais il ne fait pas aussi bien ressortir ce qui doit s'imprimer dans la mémoire.

[16] Ce sont là les seules abréviations rationnelles, à moins qu'on ne préfère pour les Pandectes la lettre grecque π. Mais il est un autre chiffre dont on se sert encore aujourd'hui pour désigner les Pandectes, et dont l'usage ne peut être justifié d'aucune manière. C'est le signe *ff*, qui n'est qu'une corruption soit de la lettre π, soit de la lettre *d*. La dernière supposition paraît plus probable, parce que dans les manuscrits ce signe est suivi de l'abréviation *orum*, qui ne peut s'appliquer qu'à *Digesta*, puisque *Pandectæ* formerait Pandect*arum*. *Voy.* entre autres M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. III, p. 408, et *Thémis*, t. V, p. 116 (p. 89 de l'édition de Bruxelles).

Fr. 2. pr. D. *de judiciis* 5, 1, c'est-à-dire le commencement (*pr.*) du 2e passage du titre du Digeste qui traite « *de judiciis* » et qui est le 1er du 5e livre.

Fr. 7, § 3. D. *de usufructu* 7, 1.

L. 25, pr. C. *de nuptiis* 5, 4.

L. 3, § 3. C. *communia de legatis* 6, 43.

L. 1, § 2. Th. C. *de maternis bonis* 8, 18, c'est-à-dire la loi 1, § 2, du titre du Code Théodosien qui porte l'inscription « *de maternis bonis*, » et qui est le 18e du livre 8.

Quant aux novelles, on les cite ordinairement d'après le numéro d'ordre qu'elles ont dans la collection. Par ex. : *Nov.* 22, *præf.*, c'est-à-dire la préface de la novelle 22; ou *Nov.* 118, c. 3, le chapitre 3 de la novelle 118. Voyez au reste ci-après § 85.

§ 7. *Division de l'histoire du droit romain.*

Les savants qui se sont occupés de l'histoire du droit romain l'ont divisée en histoire externe et histoire interne. Ils ont donné le premier nom à la partie de la science qui s'occupe des sources du droit et en fait connaître le développement successif; tandis qu'ils entendent par l'histoire interne, ou antiquités du droit romain, l'exposé historique des différentes institutions de ce droit même. Cette distinction est rationnelle; mais les termes employés sont tout à fait arbitraires.

Nous traiterons dans cette introduction des matières que l'on comprend ordinairement sous le nom d'histoire externe, et nous nous réservons de donner l'historique des différentes institutions dans le cours de l'ouvrage, quand nous traiterons de chaque institution en particulier.

En suivant l'histoire de l'organisation politique, et particulièrement du pouvoir législatif à Rome, nous sommes nécessairement amené à distinguer différentes époques. La première est déterminée par l'expulsion des rois ou plutôt par la législation des Douze Tables, dont l'influence sur le droit est bien plus sensible que celle du premier événement; la seconde comprend la république et va jusqu'à l'avénement de l'empereur Auguste; la troisième finit avec Dioclétien et Constantin, qui imprimèrent le caractère oriental à la domination impériale; la quatrième enfin va jusqu'à la législation de Justinien, dernier terme du développement du droit romain. Dans un appendice, nous donnerons un tableau rapide des destinées ultérieures de cette législation tant en Orient qu'en Occident.

On a comparé le développement progressif et la décadence du droit romain à la vie humaine, en considérant la première époque comme celle de la formation et de l'enfance, la seconde comme l'époque de la jeunesse et

du développement; la troisième serait celle de la virilité ou de la perfection; enfin dans la quatrième nous trouverions les signes de la vieillesse et de la décrépitude.

Observation. Gibbon, de qui est la comparaison spirituelle que nous venons d'indiquer, et beaucoup d'autres après lui, tout en admettant ces quatre époques, les déterminent d'une manière un peu différente. D'après eux, la seconde époque finit avec Cicéron; la troisième, avec l'empereur Alexandre Sévère. Cette division s'applique plus particulièrement, comme nous le verrons dans le cours de l'ouvrage, à l'histoire de la jurisprudence romaine; mais pour l'histoire du droit romain en général, celle que nous avons adoptée paraît plus convenable, parce que les époques sont déterminées par de grands changements opérés dans l'organisation de l'État et du pouvoir législatif.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'A LA LOI DES DOUZE TABLES.

1-304 de Rome. — 753-450 avant J.-C.

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

ORGANISATION DE L'ÉTAT PENDANT LES DEUX PREMIERS SIÈCLES.

§ 8. *Origine de Rome.*

Il paraît que Rome s'est formée de la réunion de deux peuplades, l'une d'origine osque ou latine, l'autre d'origine sabine, qui envahirent le territoire d'un autre peuple latin. La conquête fut probablement organisée sur le plan que les Romains suivirent plus tard dans les pays où ils envoyaient des colonies. Les habitants soumis furent tolérés et même reçus dans l'État, mais sans droits politiques. Une petite partie des terres leur fut laissée; le reste fut consacré au profit du nouvel État. Les deux peuples vainqueurs formèrent entre eux une fédération et finirent par se fondre en une seule nation [17]. Mais la différence de leur origine laisse encore sa trace dans les deux tribus, *Ramnes* et *Tities* ou *Titienses*, dont la première se compose des Osques ou *Prisci Latini* sous Romulus, et la seconde des Sabins ou Quirites sous Titus Tatius [18]. Les rois sont choisis alternativement dans l'une de ces deux tribus.

Plus tard à ces deux tribus vint se joindre une troisième, les *Luceres*,

[17] Au commencement il y avait deux nationalités distinctes. Servius *ad Virg. Æn.* VII, 709. « Sabini.... ut in omnibus essent cives Romani, *excepta suffragii latione.* »

[18] Festus, v. « *Dici* mos erat Romanis in omnibus sacrificiis precibusque, Populo Romano, Quiritibusque, quod est Curensibus, quæ civitas Sabinorum potentissima fuit. » v. « *Titienses* tribus a prænomine Tatii Regis appellata videtur. » — Varron, *de l. l.* IV, 8. « Collis Quirinalis, ubi Quirini fanum : qui a Curetibus, qui cum T. Tatio Curibus venerunt Romam, quod ibi habuerunt castra. » — *Voy.* encore Tite-Live, I, 13. « Ita geminata urbe, ut Sabinis tamen aliquid daretur, Quirites a Curibus appellati. «

d'origine étrusque [3], qui dans le principe n'avaient pas les mêmes droits que les autres, et ne leur fut assimilée que sous Tarquin l'Ancien [4].

Chacune de ces tribus était divisée en dix curies; chaque curie, en dix décuries ou *gentes*, de manière que trois cents *gentes* formaient le peuple romain, *populus romanus* [5]. Les *gentes* se composaient de différentes familles, liées entre elles par des rapports politiques et religieux, *gentilicia sacra* [6]. Les chefs de famille, *patres*, se divisaient en *seniores* et *junio-*

[3] Varron, *de lingua latina*, v, 46. - Denys d'Hal., II, 36. - Festus, v. *Cœlius*. - Le même, v. « *Lucerenses* et Luceres, quæ pars tertia populi romani est distributa a Tatio et Romulo. Appellati sunt a Lucero, Ardeæ rege, qui auxilio fuit Romulo adversus Tatium bellanti » Le même, v. *Lucomedi*.

[4] Les Ramnes cependant conservèrent encore pendant longtemps certains priviléges. Leurs décuries votaient les premières au sénat (Cic., *de rep.*, II, 20), et il est probable que les *decem primi* du sénat sont les chefs des décuries de la première tribu (Denys d'Halic., VI, 84. — Val. Max., I, 1, 1). *Voy.* encore ci-après § 16.

[5] Denys d'Halic., II, 7. - Cic. *de rep.*, II, 8. 20. - Varron, *de lingua latina*, IV, 9. « Ager romanus primum divisus in partes tres, a quo tribus appellatæ Tatiensium, Ramnium, Lucerum : nominatæ, ut ait Ennius, Tatienses a Tatio, Ramnenses à Romulo, Luceres, ut Junius, à Lucumone. Sed omnia hæc vocabula Tusca, ut Volnius, qui tragœdias Tuscas scripsit, dicebat. »

[6] Autrefois on croyait généralement que les *gentes* se composaient de personnes ayant une origine commune, mais dont la parenté ne pouvait être prouvée d'une manière certaine. Niebuhr a établi que les *gentes* constituent essentiellement une division politique (comme les φρατρίαι et γένη des Grecs), correspondante aux décuries et par conséquent propre aux patriciens. Au reste, il est possible et même probable qu'en faisant cette division politique on a tenu compte de l'origine commune des individus qui devaient composer chaque décurie. C'est ainsi que Varron, *de l. l.*, VII, 2, a pu dire : « Ut enim ab Æmilio homines orti Æmilii ac gentiles, » et Festus, v. *Gentilis* : « Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur. » Mais ce qui prouve que l'origine commune n'était pas un élément nécessaire de la *gentilitas*, c'est un passage de Cicéron, *topica*. 6, dans lequel cet auteur, après avoir indiqué qu'il veut donner une définition complète, s'exprime ainsi : « *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt.* Non est satis. *Qui ab ingenuis oriundi sunt.* Ne id quidem satis est. *Quorum majorum nemo servitutem servivit.* Abest etiam nunc. *Qui capite non sunt deminuti.* Hoc fortasse satis est. » *Voy.* encore Cic., *de rep.*, II, 31, et surtout Niebuhr, *H. R.*, t. I, p. 321 et suiv. En admettant l'hypothèse de Niebuhr, on peut aussi expliquer pourquoi les patriciens seuls avaient des *gentes* (Tite-Live, X, 8... « Vos solos gentem habere. » - Aulu-Gelle, X, 20. « Plebes dicitur, in qua gentes civium patriciæ non insunt. » - Le même, XVII, 21); pourquoi une *gens* comprenait tous ceux qui portaient le même nom, y compris les clients, et même, dans le sens le plus étendu, les clients affranchis, à peu près comme les clans d'Écosse. (Cic., *de orat.*, I, 39. - Tite-Live, XXXIX, 19. - Festus, v. *Gentilis*.) — Chaque gens avait ses *sacra* particuliers obligatoires pour tous ceux qui en faisaient partie (sacra gentilicia. Tite-Live, IV, 52. - *Decl. pro domo*, c. 13); et à ce propos il résulte encore du rapprochement de deux passages de Denys d'Halicarnasse, II, 7, 21, une nouvelle preuve de l'identité des *gentes* et des décuries.—Pour sortir d'une *gens* il fallait un acte religieux opérant décharge des sacrifices (sacrorum detestatio, Aulu-Gelle, VI, 12. XV, 27. - Servius *ad Virg. Æn.*, II, 156).— Au reste, l'importance politique des *gentes* dut nécessairement disparaître quand les curies n'eurent plus qu'une existence fictive (§ 24), et c'est pour cette cause que Denys d'Halicarnasse, II, 21, 65, et Festus, v. *Publica sacra*, comptent les *sacra gentilicia* au nombre des *sacra privata*. L'influence de la gentilité sur certaines parties du droit privé disparut également bientôt, et Gaius et Ulpien en parlent comme d'une institution tombée en désuétude. Gaius, III, 17. - *Coll. leg. Mos.*, XVI, 4, 2.

res[7]. Parmi les premiers, âgés de plus de quarante-cinq ans, étaient choisis les sénateurs; les *juniores* fournissaient les chevaliers, *celeres*, lesquels entraient également dans le sénat après avoir satisfait au service militaire[8].

Les trois cents *gentes* assemblées, *comitia curiata*, votaient les lois, délibéraient sur la guerre et la paix, jugeaient les crimes contre la chose publique[9], en un mot exerçaient la souveraineté nationale, sauf les actes d'exécution et le commandement militaire, qui étaient confiés à un chef appelé *Rex*, que les curies élisaient et auquel elles conféraient le pouvoir par un décret solennel, *lex curiata de imperio, lex regia*[10].

Le roi, élu à vie, avait le suprême pouvoir sacerdotal et militaire, ce dernier sans partage ni restrictions. Comme chef politique il convoquait les assemblées des curies et y faisait des propositions sur lesquelles la nation prononçait souverainement : à défaut de roi, ce soin incombait au sénat[11]. Le roi rendait également la justice et prenait les mesures nécessaires pour l'exécution de ses décrets; cependant il y avait appel de ses décisions au peuple[12].

Entre le peuple et le roi se trouvait le sénat, formé des représentants des *gentes*[13]. Il se composait dans le principe de cent, puis de deux cents membres; enfin, après la réception des Luceres, le nombre des sénateurs fut porté à trois cents, divisés en trente décuries. Le sénat était le conseil et le

[7] *Patres* sont les chefs de famille, les citoyens actifs, qui participent à l'exercice de la souveraineté nationale, et non pas, comme on le dit, les sénateurs. Le mot *patricii* est un dérivé qui comprend les descendants des fondateurs de l'État, et devient par conséquent le synonyme de *patres*. Aussi oppose-t-on indifféremment *patres* ou *patricii* aux plébéiens, Tite-Live, II, 42. « Uno animo patres ac plebes ... Æquos pugna vicere. » 43. « Omnium, illa die, qua patrum, qua plebis eximia virtus fuit. » IV, 1. « Connubium patrum ac plebis. » - Cic., *de rep.* II, 37. - Festus, vv, *Populi : Patres.* - Tite-Live, IV, 8, oppose même les *patres* au sénat.

[8] Tite-Live, II, 1. - Denys d'Hal., II, 13, 47. - Festus, v. *Præteriti.*

[9] Denys d'Halic., II, 14. « *Τῷ δὲ δημοτικῷ πλήθει τρία ταῦτα ἐπέτρεψεν, ἀρχαιρεσιάζειν τε καὶ νόμους ἐπικυροῦν, καὶ περὶ πολέμου διαγινώσκειν.* » - Le même, IV, 13.

[10] Cic., *de rep.*, II, 13. 17. 18. 20. 21. - Tite-Live, I, 17. 22. 32. 33. 41. 46. 49 VI, 42. — Denys d'Hal., II, 60. III, 1. 49. 59. IV, 16. — *Voy.* encore ci-après § 49.

[11] Denys d'Halic., II, 14. « *Πρῶτον μὲν ἱερῶν καὶ θυσιῶν ἡγεμονίαν ἔχειν.... ἔπειτα νόμων τε καὶ πατρίων ἐθισμῶν φυλακὴν ποιεῖσθαι .... βουλήν τε συνάγειν, καὶ δῆμον συγκαλεῖν, καὶ γνώμης ἄρχειν, καὶ τὰ δόξαντα τοῖς πλείοσιν ἐπιτελεῖν.. ἡγεμονίαν ἔχειν αὐτοκράτορα ἐν πολέμῳ.* »

[12] *Voy.* ci-après § 35 et Cic. *de rep.*, II, et 31. « Provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri. » - Sénèque, *epist.*, 108. - Tite-Live, I, 26.

[13] Étaient-ils élus par les curies, ou bien choisis par le roi ? La première hypothèse paraît plus conforme au développement naturel des choses; la seconde se trouve dans presque tous les auteurs de l'antiquité. Tite-Live, I, 8. - Festus, v. *Præteriti* et *passim.* D'après Denys d'Hal., II, 12, le roi aurait choisi un certain nombre de sénateurs; les autres, en nombre beaucoup plus considérable, auraient été le produit de l'élection populaire. Les détails qu'il donne à cet égard paraissent trop compliqués pour qu'on puisse y ajouter foi. Peut-être serait-il permis d'en conclure que les curies choisissaient les sénateurs, mais que le roi désignait parmi les élus un certain nombre pour lui servir de conseil, comme le faisaient plus tard les consuls et les autres magistrats de la République. *Voy.* ci-après § 25.

surveillant du roi ; il préparait ordinairement les projets de loi à porter devant les curies. L'élection du roi se faisait également sur la proposition du sénat ; et en attendant que les curies eussent voté et conféré le pouvoir, il était chargé de pourvoir à l'administration de l'État par des magistrats, *interreges*, qu'il prenait parmi ses membres [14].

§ 9. *Clients. Plèbe.*

La constitution originaire de Rome était donc démocratique avec un chef électif et un conseil représentatif.

Mais elle renfermait encore d'autres éléments qui la rendirent bientôt aristocratique, savoir les clients et la plèbe.

Les clients se composaient sans doute de ceux des habitants vaincus auxquels on n'avait pas laissé de terres, et des étrangers qui venaient s'établir à Rome, et qui, sans propriété et sans droits dans l'État, se mettaient sous le patronage des *patres*. Il est encore probable que les conquérants étaient déjà accompagnés ou suivis de clients ; car la clientèle est une institution qui se retrouve chez presque tous les peuples d'Italie [15]. Or, ces clients n'avaient point de droits politiques ; ils n'existaient même dans l'État que par la protection de leurs patrons, qui leur donnaient ordinairement des terres à cultiver. En revanche, les clients devaient servir le patron et même l'aider de leur fortune : leur condition était à peu près celle des vassaux du moyen âge [16]. Les relations entre le patron et le client n'étaient d'abord réglées que par l'usage, mais elles furent bientôt sanctionnées par la loi [17].

Les plébéiens étaient les habitants libres du territoire conquis auxquels on avait laissé des terres [18]. Ils étaient reçus comme membres de l'État, mais n'étaient pas citoyens actifs ; ils manquaient des droits politiques. De plus, appartenant à une autre origine que les *patres*, ils n'avaient pas même,

[14] Tite-Live, I, 8. 17. 30. 33. - Denys d'Hal., II, 12, 14. « Περὶ παντὸς ὅτου ἂν εἰσηγῆται βασιλεὺς, διαγινώσκειν τε καὶ ψῆφον ἐπιφέρειν, καὶ ὅ τι ἂν δόξῃ τοῖς πλείοσι, τοῦτο νικᾶν. » Cf. Cic., *de rep.*, I, 13. 17. 18.

[15] Tite-Live, II, 16. V, 1. XXIII, 2. 7. - Denys d'Halic., V, 40. IX, 5. X, 14. - Joannes Lydus, *de magistratibus* I. 20.

[16] Vico, *Scienza nuova*, livre I, page 65. 95 ; livre IV, p. 465. 510. - Le même, *de universi juris principio*, c. 129. - Filangieri, *Scienza della legislazione*, liv. 4, chap. 11. — Blackstone, liv. II, chap. 5.

[17] Denys d'Hal., II, 9 10. - Plutarque, *Romulus*, 13. - Tite-Live, V, 32. XXXVIII, 60. - Aulu-Gelle. V, 13. XX, 1. - Servius, *ad Virg. Æn.* VI, 609. « Ex lege duodecim Tabularum, in quibus scriptum est : Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto... » Cf. Festus, v. *Sacer*.

[18] Denys d'Hal., II, 9. III, 29. 31. — Quelquefois aussi on recevait parmi les patriciens les familles nobles des villes soumises. Tite-Live, I, 30. - Denys d'Hal., III, 29. — *Voy.*, au reste, ci-après § 30.

d'après l'usage italique, le *connubium* avec eux, c'est-à-dire qu'il ne pouvait y avoir de mariage valable entre plébéiens et patriciens [19]. Le nombre des plébéiens, d'abord peu considérable, s'accrut peu à peu à mesure que s'étendirent les conquêtes du peuple romain [20]. Ainsi ils ne purent manquer d'acquérir une certaine importance; et il parait que déjà Tarquin l'Ancien eut l'intention de les assimiler aux patriciens. Il dut cependant se borner à faire recevoir dans les curies un certain nombre de familles nobles qui prirent alors le nom de *Ramnes, Tities, Luceres secundi* ou *patres minorum gentium* [21]. Le reste de la plèbe demeura sans droits et sans organisation.

§ 10. *Religion.*

L'État se trouvait donc composé des patriciens avec leurs clients, et de la plèbe. Les premiers forment le véritable *populus romanus*, assemblé dans les comices par curies, et représenté par le roi et le sénat. Les plébéiens ne sont encore que des citoyens passifs, pour ne pas dire des sujets.

Le pouvoir légal des patriciens était soutenu par la religion et par la prépondérance matérielle que leur assuraient leurs richesses territoriales et leurs clients.

La religion était intimement liée à l'organisation de l'État, et même de la famille. Elle présidait à tous les actes importants de la vie publique et de la vie privée. Chaque fraction du peuple avait ses sacrifices communs [22]. Les patriciens étaient les dépositaires des mystères religieux et veillaient avec d'autant plus de soin à leur conservation, qu'ils constituaient pour eux

[19] Romulus avait déjà transplanté à Rome les habitsnts d'Antemnes, de Cénine et de Crustuminum. Tita-Live, I, 11. - Denys d'Hal., II, 35. 36. 62. 76. — La conquête d'Albe la Longue, dont Tullns Hostilius enleva un grand nombre d'habitants pour les établir sur le mont *Cœlius*, augmenta considérablement le nombre des plebéiens. Tita-Live, I, 30. - Valère-Maxime, III, 4. — La plèbe babitait origiusirement hors de la ville proprement dite, de là le nom *Esquiliæ* (*exquiliæ*), donné à la région qui comprend les monts Capitolin, Palstin et *Cœlius*. Ancus leur assigna l'Aventin, qui ne fut compris dans le *pomœrium* de Rome que sous l'empereur Claude. Aulu-Gelle, XIII, 14.

[20] Tita-Live, I, 9. *Voy.* ci-après § 30.

[21] Cic., *de rep.*, II, 20. - Tite-Live, I, 35. 36. 47. - Denys d'Hal, III, 71. - Festus, vv. *Navia; Sex Vestæ sacerdotes* (ci-après, note 28). — C'est encore Niebuhr qui a découvert la véritable nature de la plèbe. Autrefois on considérait généralement les plébéiens comme les clients des *patres*, et on les représentait comme des mutins soulevés contre leurs maitres légitimes. Mais ce grsnd savant a rendu aux plébéiens leurs droits, et a prouvé qne ce qu'on appelait leur rébellion continuelle, n'est que la lutte généreuse que tout peuple opprimé doit nécessairement engsger contre ses tyrans. L'espace nous manque ici pour analyser sa belle argumentation. Nous sommes obligé de renvoyer à son *Histoire romaine*, t. I, page 422-430.

[22] Il y avait *sacra publica* pour le peuple entier, pour les tribns, curies et décuries ou *gentes*, même pour les différents quartiers de la ville (*montes, pagi, vici*). Denys d'Hal., II, 21. 23. - Festus, v. *Publica sacra; Curia.* — Il y avait *sacra privata* pour chaque *gens* (*voy.*

un des moyens les plus efficaces de maintenir leur suprématie [23]. Ce n'est que parmi eux que l'on prenait les prêtres, dont voici les catégories principales : 1° Les *pontifes*, collége de six membres, deux de chaque tribu, avec un président, appelé *Pontifex Maximus* [24]. Ils veillaient à l'observance du droit sacré, et avaient une juridiction indépendante pour les crimes contre la religion, qu'ils punissaient d'amendes, de peines corporelles et même de la peine de mort [25]. 2° Les *augures*, au nombre de six, deux de chaque tribu, dirigeaient les auspices et exerçaient à ce titre une grande influence sur les assemblées du peuple et sur les actes des magistrats [26]. 3° Les prêtres, chargés de la garde des livres sibyllins. 4° Les féciaux, chargés des actes religieux relatifs au droit international [27]. 5° En outre il y avait des prêtres pour certaines divinités, particulièrement les vierges vestales au nombre de six [28], les *flamines* au nombre de quinze, parmi lesquels trois majeurs, savoir : ceux de Dis, de Mars et de Quirinus, et beaucoup d'autres corporations et colléges.

§ 11. *Domaine public.*

L'élément matériel de la puissance des patriciens était le domaine public, ***ager publicus.*** Nous avons déjà dit que les Romains, après la conquète d'un pays, avaient l'habitude de confisquer une partie du territoire [29]. Les terres cultivées étaient ordinairement mesurées, et vendues à des particuliers ; souvent aussi l'État les distribuait à des colons qu'il y envoyait, ou les

§ 8, note 6), chaque famille, et même pour les individus. Les *sacra privata* étaient éternels ; l'obligation d'y concourir incombait à tous ceux qui entraient dans une famille ou succédaient dans les biens du chef de la famille. Cic., *de leg.*, II, 19. 21. *Voy.* ci-après, liv. IV et V.

[23] Ce qui aide puissamment cette tendance, c'est le mode suivi pour la nomination des prêtres. Tandis que dans l'ordre politique le principe électif domine, nous voyons que c'est par cooptation que se complètent les colléges des prêtres, au moins ceux des pontifes et des augures qui exercent l'influence la plus directe sur les affaires publiques. Denys d'Hal., II, 73. - Aulu-Gelle, I, 12. - Tite-Live, XLV, 44. - Cic., *Philipp.*, II, 2; *epist. ad fam.*, III, 10, « amplissimi sacerdotii collegium .... in quo .... ne cooptari quidem sacerdotem licebat, qui cuiquam ex collegio esset inimicus. »

[24] Le nombre des pontifes fut doublé lorsqu'on admit les plébéiens à cette dignité. D'autres modifications eurent lieu vers la fin de la république et sous les empereurs.

[25] Cic., *de legibus*, II, 9. 21. - Tite-Live, XXII, 57. XXXVII, 51. XL, 42. - Denys d'Hal., VIII, 89. IX, 40.

[26] Cic., *de legibus*, II, 12. 13. III, 12; *de divinat.*, II, 33-36. — Le nombre des augures, qui était d'abord de quatre, deux pour chacune des premières tribus, puis de six, subit encore beaucoup d'autres changements.

[27] *Pontifices feciales*, Orelli, *Inscript.*, n° 2273. — *Voy.* ci-après § 30.

[28] Festus, v. « *Sex Vestæ sacerdotes* constitutæ sunt, ut populus pro sua quaque parte haberet ministram sacrorum, quia civitas Romana in sex est distributa partes, in primos secundosque Titienses, Ramnes, Luceres. »

[29] Tite-Live, I, 15. II, 31. — Denys d'Hal., II, 50. 53. — Appien, *de bellis civilibus*, I. 7.

donnait à de pauvres habitants de Rome, *agri limitati, assignati*[30]. Les pâturages restaient indivis, et tout citoyen avait le droit d'y faire paître ses troupeaux moyennant une rétribution[31]. Enfin les parties qui n'étaient pas destinées au roi ou à un but religieux[32], particulièrement les terres incultes restaient sans maître et étaient abandonnées à celui qui voulait les occuper[33]. Mais ce droit n'était accordé qu'aux membres du *populus*, c'est-à-dire aux patriciens, et le mode d'occupation était réglé par une ordonnance spéciale[34]. Cette occupation ne donnait pas le droit de propriété, mais seulement une possession que l'État pouvait révoquer quand il le voulait, qu'il protégeait cependant tant qu'elle durait[35]. Les patriciens abandonnaient ordinaire-

[30] Varron, *de re rust.* I, 10. - Denys d'Hal., II, 50. 53. IV, 9. 10. 13. - Tite-Live, I, 15. 46. II, 31. VIII, 11. XLII, 4. - Appien, *de bell. civ.*, I, 7. - Plutarque, *Tib. Gracchus*, 8. - Pline, *H. N.*, XVIII, 2. - Festus, v. *Centuriatus ager.* — Nonius Marcellus, I, 205. « *Viritim* dictum est separatim et per singulos viros. M. Tullius, *de republica*, lib. II. Ac primus agros quos bello Romulus ceperat, divisit viritim civibus... Varro, de vita pop. Rom., lib. I. Extra urbem in regiones XXVI agros viritim liberis attribuit. » - Siculus Flaccus, *de condit. agrorum* (p. 2, ed. Goes; p. 20, ed. Giraud). - Hyginus, *de condit. agrorum* (p. 206, sq., ed. Goes).

[31] Varron, *de re rustica*, II, 1. — Tite-Live, XXXIX, 29 « pascua publica. » — Appien, *de b. c.*, I, 7. — Festus, v. *Scripturarius ager.*

[32] Denys d'Hal., II, 7. III, 1. — Cic., *de republica*, V, 2.

[33] Cette partie de terrains qui restait domaine public, *ager publicus*, est quelquefois appelée *occupatorius ager.* Les fonds s'appellent *arcifinii*, parce que les bornes n'étaient pas fixées par un arpentage régulier, comme pour les *agri limitati*, mais déterminées par la situation topographique des lieux. Appien, *de bell. civ.*, I, 7, 18. - Siculus Flaccus, *de condit. agror.* (p. 3, ed. Goes; p. 21, ed. Giraud). « Occupatorii dicuntur agri, quos quidem arcifinales vocant. ... Bellis enim gestis victores populi terras omnes, ex quibus victos ejecerunt, publicavere. ... Deinde, ut quisque virtute colendi occupavit, arcendo vicinum, arcifinalem dixit. Horum ergo agrorum nullum æs, nulla forma quæ publicæ fidei possessoribus testimonium reddat; quoniam non ex mensuris actis unusquisque miles modum accepit, sed quod aut excoluit, aut in spe colendi occupavit. » Cf. Frontinus, *de agrorum qualitate* (p. 38, ed. Goes; p. 13, ed. Giraud). « Ager est arcifinius, qui nulla mensura continetur. Finitur, secundum antiquam observationem, fluminibus, fossis, montibus, viis, arboribus antemissis, aquarum divergiis... » - Aggenus, *in Frontin.* (p. 45, ed. Goes). — C'est conformément à cette terminologie que Tite-Live, V, 55, dit que Rome, reconstruite avec précipitation après l'invasion des Gaulois, avait l'air plutôt « occupatæ urbis quam divisæ. »

[34] Tite-Live, IV, 51. 53. VI, 14. 37. — Denys d'Hal., IV, 9. VIII, 70. X, 37. - Nonius Marcellus, II, 619. v. *Plebitatem*... « Hemina in Annalibus : Quicumque propter plebitatem agro publico ejecti sunt. » - Salluste, *fragmenta historica*, I, 8. « Servili imperio patres plebem exercere : de vita atque tergo regio more consulere : agro pellere et ceteris expertibus soli in imperio agere. »

[35] Voyez sur cette matière Niebuhr, *Hist. Rom.*, t. II, p. 146-176, d'où nous tirons les citations suivantes. Festus, v. « *Possessiones* appellantur agri late patentes publici privatique, quia (qui *Nieb.*) non mancipatione, sed usu tenebantur et ut quisque occupaverat, colliebat (colebantur *Nieb.*, possidebat *Puchta*). » - Cic., *de off.* II, 22; *adv. Rullum*, II, 34. III, 3. « Sunt multi agri lege Cornelia *publicati*, nec cuiquam assignati neque venditi, qui a paucis *possidentur*... hos *privatos* facit : hos... Rullus non vobis assignare vult, sed eis condonare qui *possident*... Cum ea, quæ *vestra* sunt, condonari *possessoribus* videatis. - Tite-Live, II, 41. (Sp. Cassius) « adjiciebat huic muneri agri aliquantum, quem publicum possideri a privatis criminabatur. Id multos quidem patrum, ipsos possessores, periculo

ment une partie de leurs possessions aux clients (*precario*, c'est-à-dire sur la demande de ces derniers), et en tiraient ainsi un double avantage, d'abord une partie des fruits comme fermage, puis la puissance que donne un grand nombre de vassaux [36].

ORGANISATION DE SERVIUS TULLIUS.

§ 12. *Les tribus locales.*

Les plébéiens trouvaient souvent des protecteurs dans les rois qui cherchaient en eux un contre-poids contre l'autorité jalouse des patriciens et du sénat. Tullus Hostilius fit des distributions de terre, Ancus Marcius nous est représenté comme courtisan de la faveur populaire, Tarquin l'Ancien fit recevoir des plébéiens dans le sénat [37]. Mais toutes ces mesures n'étaient que des remèdes transitoires. Ce fut Servius Tullius qui le premier donna une organisation à la plèbe et la prépara ainsi au rôle important qu'elle devait jouer dans la suite.

D'abord il divisa la ville et la campagne en trente quartiers appelés *regiones* ou *tribus* [38]. Dans chaque tribu il y avait un préposé, chargé du recensement des habitants, afin de faciliter la levée de l'impôt personnel et de la milice [39]. Bien que cette division territoriale embrassât naturellement tous les habitants de Rome [40], elle n'eut cependant d'importance réelle que

rerum suarum terrebat » III, I. « Jam priore consulatu Æmilius dandi agri plebi fuerat auctor... Possessores... invidiam... in consulem averterant. » IV, 36. « Agri publici dividendi... spes; et vectigali possessoribus agrorum imposito... » *Ibid.*, 51. 53. VI, 5. « Ostentabatur in spem Pomptinus ager.... *nobiles homines in possessionem agri publici grassari : nec, nisi antequam omnia præcipiant divisus sit, locum ibi plebi fore.* » *Ibid.*, 14. « Ne quis plus D jugera agri possideret. » - FLORUS, III, 13 in f. « Reduci plebs in agros unde poterat sine possidentium eversione? qui ipsi pars populi erant, et tamen relictas sibi a majoribus sedes ætate, quasi jure hereditario, possidebant. » - OROSIUS, V, 18. « Eodem anno *loca publica* quæ in circuitu Capitolii pontificibus, auguribus, decemviris ac flaminibus *in possessionem tradita* erant, cogente inopia *vendita* sunt. »

[36] C'est même de cet usage que l'on fait dériver le mot *patres*. FESTUS, v. « *Patres* senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus (perinde) ac liberis propriis. *Voy.* aussi ci-après § 174 et t. II § 326.

[37] CIC., *de rep.*, II, 17. 18. 32. - TITE-LIVE, I, 36. - DENYS D'HAL., III, 2. 71. - VIRGILE, *Énéide*, VI, 816 et suiv. « Ancus..... nimium gaudens popularibus auris. » — *Voy.* ci-dessus note 19.

[38] La ville en comptait quatre (Palatina, Suburana, Collina, Esquilina); les vingt-six autres étaient situées dans la campagne. Après avoir subi divers changements, le nombre des tribus se trouve, au commencement du sixième siècle, fixé à trente-cinq. *Voy.* § 25.

[39] TITE-LIVE, I, 43. - DENYS D'HAL., IV, 14. 15. - FESTUS, v. *Urbanas*. - NONIUS MARCELLUS, I, 205.

[40] Y compris les patriciens, comme la première division en trois tribus et trente curies

pour les plébéiens, qui seuls étaient soumis à l'arbitraire royal, en ce qui concernait le service militaire et la capitation [41]. Aussi l'institution même qui, selon toute vraisemblance, avait été créée dans un simple but administratif et dans le seul intérêt du pouvoir royal, devint-elle plus tard, pour la plèbe, une des armes les plus efficaces contre l'oppression des patriciens. C'est que, par suite de cette distribution, les plébéiens purent se compter et constater leur grande supériorité numérique, comme, d'un autre côté, elle permit à leurs chefs de les convoquer régulièrement et de former ainsi une assemblée parfaitement organisée d'avance, *comitia tributa* [42].

§ 13. *Les centuries* [43].

Après avoir facilité ainsi la levée de la milice et des impôts, Servius songea à régulariser la répartition de ces charges civiques, afin d'avoir une armée fortement organisée et de remplacer la capitation arbitraire qui avait régné jusqu'alors, par une contribution proportionnée à la fortune.

A cet effet, il partagea les contribuables en cinq classes [44], dont la première, comprenant les citoyens ayant 100,000 as, ou au delà, était divisée en 80 centuries. La seconde (75,000 as) avait 20 centuries, de même que la troisième (50,000 as) et la quatrième (25,000 as). Enfin la cinquième (12,500; d'après d'autres, 11,000 as) comptait 30 centuries. Chaque classe se divisait en deux catégories, *seniores* et *juniores*, dont chacune avait un nombre égal de centuries. Tous les membres des centuries contribuaient aux charges publiques et à la défense de la patrie, en proportion de leur fortune; les *juniores* partout où la guerre était portée, les *seniores* dans

avait également embrassé les clients et les plébéiens, sans pourtant les faire participer aux droits des curies (Ovide, *Fastes*, II, 257). — La division locale ou territoriale finit, du reste, par devenir personnelle et la qualité de membre d'une tribu, *tribulis*, fut dès lors héréditaire.

[41] Les préposés étaient probablement des employés du roi, choisis par les contribuables mêmes, c'est-à-dire par les plébéiens, comme les *patels*, chefs de villages dans l'Inde anglaise. Cette institution, originairement fiscale, devint plus tard le berceau des tribuns de la plèbe.

[42] *Voy.* ci-après §§ 15. 24.

[43] Les renseignements que nous trouvons chez les anciens sur cette importante matière sont fort incomplets et contradictoires, ce qui provient surtout de ce que les auteurs rapportent à l'institution de Servius Tullius les changements qui, de leur temps, s'étaient opérés dans l'organisation des centuries. Nous nous bornons à indiquer les résultats essentiels que l'on peut obtenir par la combinaison des divers témoignages historiques, et spécialement de Cic., *de rep.*, II, 22. - Tite-Live, I, 42 *in f.* 43. - Denys d'Hal., IV, 16-20. — Cf. Cic., *Acad.*, II, 23. - Asconius, *in Cic. pro Corn.* - Tite-Live, III, 30. - Festus, v. *Prætor.* - Servius, *ad Virg. Æneid.*, VII, 716.

[44] Denys d'Hal., IV, 18, et Festus, v. *Quintana classis*, parlent de six classes; mais c'est évidemment un malentendu provenant de ce que ces auteurs considèrent comme constituant une classe les centuries qui se trouvaient en dehors des cinq classes.

l'intérieur seulement [45]. Abstraction faite de tout cens, on avait encore attaché à la première et à la quatrième ou cinquième classe, trois ou quatre centuries d'armuriers, de charpentiers et de musiciens [46]. Les citoyens compris dans ces cinq classes, contribuant d'une manière régulière aux charges publiques, recevaient, par ce motif, le nom de *assidui* [47], en opposition aux autres contribuables d'une position inférieure, appelés *proletarii* [48]. Parmi ces derniers on distinguait cependant les plus aisés, ayant plus de 1,500 as, qui formaient une centurie, destinée à remplacer les citoyens armés tombés dans le combat, dont ils endossaient dès lors l'armure (*velati et accensi* [49]), ainsi que les *proletarii* proprement dits, ayant de 375 à 1,500 as et dont la centurie pouvait, en cas de besoin, être armée aux frais de l'État [50]; tandis que ceux dont la fortune n'atteignait pas

[45] Tite-Live, I, 43. « Prima classis omnes appellati. Seniores ad urbis custodiam ut præsto essent : juvenes, ut foris bella gererent. Arma his imperata, galea, clipeum, ocreæ, lorica (omnia ex ære, hæc ut tegumenta corporis essent); tela in hostem, hastaque et gladius... Secunda classis... arma imperata, scutum pro clipeo, et præter loricam omnia eadem. Tertiæ classis... nec de armis quidquam mutatum, ocreæ tantum ademtæ. In quarta classe... arma mutata, nihil præter hastam et verutum datum. Quinta classis... fundas lapidesque missiles hi secum gerebant.

[46] *Fabri tignarii* et *fabri ferrarii* ou *ærarii*, ὁπλοποιοί; Cornicines, tibicines, liticines. — Cic., *de rep.*, II, 22. - Tite-Live, I, 43. - Denys d'Hal., IV, 17.

[47] *Assidui* de *as* et *duere* i. e. *dare*. Cic., *de rep.*, III, 22; *topica*, 2. — Festus, v. *Adsiduus*. « ...Alii eum qui sumtu proprio militabat, ab asse dando, vocatum existimant. » D'après ce dernier texte, le terme ne se rapporterait pas au payement des contributions, mais à l'obligation de s'équiper *proprio sumtu* pour le service militaire. Cf. Aulu-Gelle, XIII, 10. — D'autres ont cru que le mot indiquait plutôt l'obligation *régulière* et *constante* du service militaire, que partant la forme originaire du mot avait été *adsiduus*. Cette idée, combinée avec la première étymologie de *as* et *dare*, se trouve chez Charisius, *Inst. grammat.*, I (p. 58, ed. Putsche). Cf. Festus, v. *Adsiduus*. — L'étymologie et le sens que nous avons adoptés paraissent les plus conformes aux sources, surtout en présence de la disposition des Douze Tables, rapportée par Aulu-Gelle, XVI, 10. « Assiduo vindex assiduus esto : proletario quisquis volet, vindex esto. » *Voy.* ci-après § 134.

[48] *Proletarii*, ceux dont l'importance principale pour la république consiste à lui donner des citoyens, *proles*. Cic., *de rep.*, II, 22. - Festus, v. *Proletarii*. - Nonius Marcellus, I, 342 — Le sens du mot *proletarii* est, au reste, parfois plus étroit, spécialement quand il est opposé à *capite censi*. On peut voir à cet égard, outre les deux textes cités : Aulu-Gelle, XVI, 10. - Nonius-Marcellus, II, 666. - Festus, v. « *Assiduos*..... capite censos, qui nihil præter prolem dare poterant. » (D'après un manuscrit de Vienne.)

[49] *Accensi*, c'est-à-dire « qui supplendis legionibus adscribebantur, ad legionum censum adscripti. » — *Velati*, c'est-à-dire « vestiti inermes qui exercitum sequebantur, » comme on appelle plus tard *velites* les soldats légèrement armés. *Voy.* Varron, *de l. l.*, VI, 3 (p. 45, ed. Gothofr). - Festus, vv. *Adscriptitii*. « *Velati* appellabantur vestiti et inermes qui exercitum sequebantur, quique in mortuorum militum loco substituebantur. » - Nonius Marcellus, XII, 8. - Végèce, *de re militari*, II, 19. « ... Accensi,... quos nunc supernumerarios vocant. » — Les *accensi velati* étaient probablement, en temps ordinaire, employés à toute sorte de services; c'est pourquoi le mot sert plus tard à désigner des messagers et appariteurs, *ministratores, genus militiæ ministrantibus proximum* (Varron, *de l. l.*, VI, 3, *cité;* Non Marc., I, 298), qui paraissent avoir formé des corporations privilégiées sous l'empire *Vaticana fragmenta*, 138. - Orelli, *Inscript.*, III, et *passim*.

[50] Aulu Gelle, XVI, 10. - Festus, v. *Adsiduus* (d'après un manuscrit de Vienne).

même le chiffre de 375 as ne figuraient point dans l'armée et s'appelaient *capite censi* [51]. Tous les prolétaires, au reste, étaient soumis à une capitation arbitraire, de même que les autres contribuables qui, par un motif quelconque, ne se trouvaient pas dans les centuries, et que l'on comprenait sous le nom de *ærarii* [52].

L'armée était complétée par dix-huit centuries de cavalerie, dont six de patriciens et douze de nobles plébéiens que Servius avait créés chevaliers [53]. La république leur fournissait les fonds nécessaires pour l'achat et l'entretien du cheval [54].

Ces cent quatre-vingt-treize centuries formaient donc l'armée, défendaient la patrie contre l'ennemi et fournissaient aux dépenses nécessaires de l'État. A ce titre elles avaient le droit de délibérer sur tout ce qui intéressait la chose publique, notamment sur les lois générales et sur les questions de guerre et de paix. Cependant, les résolutions votées par les centuries sur la proposition du roi, *comitia centuriata*, n'étaient obligatoires, pour les patriciens, qu'après avoir été expressément sanctionnées par eux dans les assemblées par curies [55].

Les comices des centuries renfermaient-ils la nation entière ou bien ne comprenaient-ils que la plèbe? Bien que la dernière opinion, émise par Niebuhr et accueillie d'abord avec grande faveur, soit aujourd'hui presque généralement abandonnée, nous la considérons cependant comme préférable. Nos sources historiques ne donnent à cet égard aucun témoignage décisif. Les anciens s'expriment, à la vérité, de manière à faire croire que dès l'origine la division en centuries ait été une institution politique générale et uniforme pour tous les citoyens; mais ils tiennent le même langage à l'égard des curies, aux assemblées desquelles cependant il est constant que les plébéiens ne prenaient aucune part. Il nous paraît impossible que déjà, sous Servius, l'assimilation des deux états ait eu fait assez de progrès pour que les patriciens aient voulu se confondre avec la plèbe

[51] On raconte que Marius fit, le premier, lors de l'invasion des Cimbres, entrer les *capite censi* dans l'armée romaine. AULU-GELLE, XVI, 10. - VALÈRE-MAXIME, II, 3. 1.

[52] Ce mot répond à l'expression moderne : *taillable à merci*. *Voy.* ci après § 34, note 62. — On pouvait également être *ærarius* à titre de peine. *Voy.* ci-après § 27, note 73. De même tout individu ayant la qualité de citoyen et habitant Rome, sans être inscrit dans une centurie (p. ex. les *cærites* et *municipes*), était *ærarius*. TITE-LIVE, III, 24. XXIX, 37.

[53] CIC., *de rep.*, II, 22. - TITE-LIVE, I, 43. - DENYS D'HAL., IV, 18. - FESTUS, v. *Sex suffragia*. — Il était pourvu à l'entretien du cheval au moyen d'une contribution spéciale, imposée aux personnes qui ne pouvaient, de leur personne, concourir à la défense de la patrie, aux femmes non mariées, *viduæ*, et aux orphelins (*æs hordearium*). *Voy.* ci-après § 34, et § 130, n° 5.

[54] CIC., *de rep.*, II, 22. - TITE-LIVE, I, 43. - DENYS D'HAL., IV, 20. 21. VI, 66. VII, 38. 39. IX, 44. X, 4. 30. 31.

[55] CIC., *de rep.*, II, 32; *Brutus*, 14; *in Rullum*, II, 11. « Cum majores binis comitiis voluerunt vos de singulis magistratibus judicare. » Cf. *Declam. pro domo*, 14. — TITE-LIVE, V, 46. VI, 41. 42. VIII, 12 *in fin.* XIV, 38. — *Voy.* aussi ci-après § 23.

dans l'exercice même de la souveraineté nationale, et d'après un classification qui exposait le plus noble d'entre eux à être placé dans les derniers rangs de la masse [56]. Les centuries, considérées comme divisions militaires, contenaient, à la vérité, et patriciens et plébéiens. Mais il n'est pas permis de tirer de ce fait une conclusion applicable à l'ordre politique [57]. D'ailleurs, même dans l'organisation militaire, il y avait une ligne de démarcation infranchissable entre les deux fractions du peuple [58]. Car les patriciens formaient six centuries spéciales de cavalerie, rigoureusement séparées des chevaliers plébéiens. Comment croire dès lors que les mêmes seigneurs qui se tenaient soigneusement éloignés des plébéiens chevaliers aient pu consentir à se confondre avec le dernier manant dans les rangs des fantassins? Et qu'on n'invoque point le nom par lequel les six escadrons patriciens sont désignés, *sex suffragia*, comme une preuve de leur participation au vote dans les comices des centuries. Cette dénomination, loin de prouver ce fait, serait, au contraire, sans raison d'être, si dès le commencement toutes les centuries militaires s'étaient trouvées sur la même ligne, par rapport au droit de vote; tandis qu'elle s'explique naturellement si l'on admet que cette assimilation à l'égard des six centuries patriciennes eut lieu plus tard et qu'elles reçurent à cette époque le nom de *suffragia*, précisément pour indiquer que dorénavant elles étaient appelées à voter dans les comices, tandis qu'auparavant elles n'avaient fait partie que de l'armée. Par ces considérations et d'autres que l'espace ne nous permet pas d'exposer, il nous paraît impossible d'admettre que, dans l'organisation originaire, les patriciens aient participé aux comices des centuries, ce qui d'ailleurs aurait donné ce résultat singulier de les faire voter sur le même objet d'abord conjointement avec les plébéiens, ensuite seuls dans les comices par curies. Or, une pareille combinaison peut bien se produire dans l'histoire d'un peuple, à la suite de longs troubles civils et d'un jeu irrégulier des institutions; mais elle est trop com-

[56] Les patriciens, en effet n'avaient, en général, que très-peu de biens soumis au cens. *Voy.* ci-après §§ 14 et 17.

[57] La diversité du point de vue militaire et du point de vue politique dans l'organisation des centuries se montre trop clairement sous plus d'un rapport. Ainsi, les *seniores*, qui ne figurent point dans l'armée active, votent comme les *juniores* et comptent même autant de centuries. Il est évident que la première classe, la moins nombreuse sans doute, ne pouvait pas fournir autant et même plus de guerriers que les trois classes suivantes réunies, et pourtant elle compte vingt centuries de plus. Les *proletarii* et les *capite censi*, bien que ne figurant pas dans les cadres de l'armée, ont deux *suffragia*. D'après Festus, il y avait même une centurie supplémentaire, appelée *ne quis scivit*, dans laquelle pouvaient voter les citoyens qui, pour une cause quelconque, n'avaient pas pris part au vote de leur centurie. Festus, v. *Ne quis scivit*.

[58] Dans le système de Niebuhr, que nous suivons également sous ce rapport, les patriciens auraient exclusivement servi dans la cavalerie. Les limites que la nature de ce livre nous impose ne nous permettent pas d'examiner de plus près cette question également fort controversée.

pliquée et trop bizarre pour se rencontrer dans l'origine d'une constitution sociale. Bref, nous pensons que ce n'est que plus tard, probablement par suite de la loi des Douze Tables, que les patriciens furent réunis aux plébéiens dans les comices des centuries, et que, dans les premiers temps de la république, les curies, d'une part, et les comices des centuries, d'autre part, constituaient les deux fractions du peuple romain, à peu près de la même manière dont le peuple anglais était originairement représenté par la chambre des lords et celle des communes.

Quoi qu'il en soit, la nouvelle constitution en elle-même n'avait point une base véritablement démocratique. Un coup d'œil sur l'organisation des centuries suffit pour voir qu'une prépondérance immense est assurée à l'âge et à la richesse. Les *seniores* ont autant de voix que les *juniores*, et la première classe, bien que sans doute la moins nombreuse, forme presque la moitié des centuries [59].

§ 14. *Fondation de la république. Tribuns de la plèbe.*

Les réformes de Servius indisposèrent l'aristocratie contre lui. Tarquin, aidé des patriciens, l'assassina et lui succéda comme roi. Il commença par anéantir les droits de la plèbe; mais bientôt sa tyrannie pesa également sur le sénat et les patriciens. Une révolution éclata, le roi fut chassé; et l'abolition de la royauté, décrétée d'abord par les curies, fut ensuite ratifiée dans l'assemblée des centuries [60].

Dans la nouvelle république, le pouvoir royal fut transféré à deux chefs, appelés *prætores* ou *consules*, mesure que Servius Tullius avait déjà projetée [61]. Les premiers consuls (245) furent L. Tarquinius Collatinus et L. Junius Brutus, ce dernier, à ce qu'il parait, d'origine plébéienne [62]. Les patriciens montrèrent, au commencement, beaucoup de bienveillance envers la plèbe. Un certain nombre de plébéiens furent reçus dans le sénat, *patres et conscripti*. Les lois de Servius Tullius furent rétablies, la contrainte par corps pour dettes fut abolie, une loi du consul Valerius accorda

[59] Cic., *de rep.*, II, 22. « ... Curavitque Servius quod semper in republica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. Is valebat in suffragio plurimum, cujus plurimum intererat esse in optimo statu civitatem. » — Aulu-Gelle, XV, 27.

[60] Denys d'Halic., IV, 80. 88.

[61] Tite-Live, I, 60. « Duo consules... ex commentariis Serv. Tullii creati sunt. » — Le nom primitif de ces magistrats est *prætor* (*præ-itor*, le heer-zog des Germains). Le mot *consules*, qui signifie tout simplement collègues, *duumviri*, n'a été employé que plus tard, peut-être après l'abolition du décemvirat. Tite-Live, II, 55. - Zonaras, VII, 12. 13. - Festus, v. « *Prætoria porta* in castris appellatur, qua exercitus in prælio educitur, quia initio prætores erant, qui nunc consules, et ii bella administrabant. »

[62] Niebuhr, t. I, pages 547 et suiv.

aux plébéiens le droit de provocation aux commis des centuries; enfin, tant que la jeune république se trouvait exposée aux tentatives du roi expulsé, la caste privilégiée ménagea la masse et chercha à captiver sa confiance [63].

Mais bientôt les patriciens s'abandonnèrent à l'instinct oppressif propre à toute oligarchie. La révolution, qui n'avait amené qu'un simple changement dans la forme du gouvernement, sans toucher aux institutions, dut naturellement tourner au profit du premier ordre de l'État. De corps simplement consultatif le sénat était devenu de fait l'héritier du pouvoir exécutif des rois; les consuls, élus sur la proposition du sénat, et pour une année seulement, devaient nécessairement chercher à se rendre agréables à la caste dominante. Enfin, une autre arme très-dangereuse dans les mains de l'aristocratie était la dictature, introduite à l'exemple des villes latines. Le dictateur ne pouvait être pris que parmi les patriciens; son pouvoir était illimité, et il n'y avait pas même lieu d'appeler de ses décisions à l'assemblée du peuple. Quoique, en concentrant le pouvoir dans les mains d'un seul, on n'eût originairement pour but que d'agir plus efficacement contre l'ennemi extérieur, l'histoire nous montre cependant que cette institution était particulièrement hostile à la plèbe [64].

Même les comices des centuries se trouvaient indirectement sous la dépendance des patriciens, d'abord par les auspices dont ils avaient le privilége, et dont ils se servaient fort adroitement; ensuite par le pouvoir illimité qui permettait même au magistrat président de refuser les votes qui ne lui convenaient pas; enfin par leurs clients, qui bientôt furent admis dans les centuries [65].

L'oppression de la plèbe se fit sentir jusque dans la vie privée. La propriété était la base de l'impôt. Or, les patriciens n'en avaient presque pas, et n'en avaient pas besoin, puisqu'ils jouissaient du domaine public; au contraire, aucune partie de la propriété plébéienne n'échappait au cens; et pour déterminer la fortune imposable, on ne déduisait pas même les dettes. Encore négligeait-on souvent de faire le cens, de sorte que les diminutions de fortune n'étaient pas constatées. Par suite des guerres continuelles, les plébéiens, enlevés à la culture de leurs champs, se trouvèrent bientôt obérés, et un terrible système d'usure, joint à des lois extrêmement rigoureuses envers les débiteurs, et appliquées par les patriciens

[63] Tite-Live, II, 9. - Denys d'Hal., IV, 9. V, 2. - Salluste, *fragm. hist.*, 8. « ... dum metus a Tarquinio et bellum grave cum Etruscis positum est, æquo et modesto animo agitatum : dein, *etc.* (ci-après note 64). — Sur la loi *Valeria de provocatione*. Cic., *de rep.*, II, 53. - Tite-Live, X, 9. - Val.-Max, IV, 1, 1.

[64] Tite-Live, II, 18. VI, 15. - Denys d'Hal., V, 74. - Zonaras, VII, 13. — *Voy.* ci-après § 28.

[65] Cic. *Brutus*, 14. - Denys d'Hal., IV, 75. 84. - Tite-Live, II, 42. 43. 56. 64. III, 14. VIII, 82. 87.

avec une partialité révoltante, leur ôtait à jamais toute possibilité de libération [66].

Enfin la plèbe se souleva et quitta la ville. *Secessio plebis in montem Sacrum*, 260 de Rome. Alors les patriciens effrayés consentirent à une diminution des dettes, et admirent des représentants de la plèbe dans les affaires de l'État. Deux tribuns, probablement choisis parmi les préposés des tribus locales, devaient veiller aux intérêts de la commune. A cet effet, on les déclara inviolables, *sacrosancti*, on leur donna le pouvoir d'opposer leur *veto* à tout acte du sénat ou des magistrats, et de faire valoir le droit de provocation. Le nombre en fut par la suite porté à cinq, enfin à dix. On leur adjoignit des lieutenants, *Ædiles*, chargés de la police et spécialement de la garde du temple de Cérès, où se trouvaient les archives de l'État [67].

§ 15. *La loi des Douze Tables.*

A partir de cette époque, la lutte commence à s'engager d'une manière régulière entre l'aristocratie et la commune, pour finir par la fusion complète des deux états. Mais les premiers combats de la plèbe ne concernent encore que des intérêts matériels, parmi lesquels figure en première ligne la jouissance du domaine public, que les patriciens avaient toujours eu l'art de se réserver [68]. En vain la plèbe demande-t-elle à être admise au partage des terres qu'elle a acquises au prix de son sang [69]; les *patres* savent toujours éluder ces justes réclamations. De temps en temps ils consentent à distribuer quelques arpents de terre; mais leur grand moyen est de rendre suspects ceux qui défendent les droits de la plèbe. Ainsi succomba Sp. Cassius Viscellinus, patricien lui-même, qui, étant consul pour la troisième fois, avait proposé de partager des terres nouvellement conquises entre les plébéiens. Cette proposition, premier exemple d'une loi agraire, fut acceptée par les centuries; mais les patriciens en empê-

[66] SALLUSTE, *fragm. hist.*, I, 8 (p. 215 ed. Bipont.). « ... dum metus a Tarquinio et bellum grave cum Etruscis positum est, æquo et modesto animo agitatum : dein servili imperio patres plebem exercere, de vita atque tergo regio more consulere, agro pellere et, ceteris expertibus, soli in imperio agere. » - TITE-LIVE, II, 21. VI, 14. - DENYS D'HAL, V, 22.

[67] Voyez TITE-LIVE, II, 32. 33. 55. 58. III, 20. 55. 56. - DENYS D'HAL., VI. 39. - ZONARAS, VII. 15. 17. - AULU-GELLE, XVII, 21. - POMPONIUS, Fr. 21, § 11. D. *de origine juris*, 1, 2. — D'après ASCONIUS, *in Cic. pro Cornelio*, p. 76, ed. Orelli, les tribuns auraient été dès le principe au nombre de cinq, *singuli ex singulis classibus*.

[68] Ils réussirent même à se libérer de la rente qu'ils devaient payer de ce chef. DENYS D'HAL., VIII, 47. *Voy.* ci-après § 34.

[69] Déjà Servius avait reconnu ce droit à la plèbe. DENYS D'HAL., IV, 9. « *Δοκεῖ δέ μοι καὶ τῆς δημοσίας γῆς, ἣν διὰ τῶν ὅπλων κτησάμενοι κατέχετε, μὴ τοὺς ἀναιδεστάτους, ὥσπερ νῦν, κρατεῖν, οὔτε χάριτας λαβόντας, οὔτε ὠνῇ κτησαμένους, ἀλλὰ τοὺς μηδένα κλῆρον ἔχοντας ὑμῶν, ἵνα μὴ θητεύητε ὄντες ἐλεύθεροι, μήτε τὰς ἀλλοτρίας κτήσεις, ἀλλὰ τὰς ἰδίας γεωργῆτε.* »

chèrent l'exécution, condamnèrent dans l'assemblée des curies Cassius comme coupable d'avoir aspiré à la royauté, et le tuèrent [70]. Ainsi périt plus tard assassiné par les patriciens le tribun Genucius, qui avait repris la proposition de Cassius [71]. Malgré ces échecs la plèbe ne se découragea point. Les aristocrates réussirent, il est vrai, à s'arroger le droit d'élire les consuls, ne laissant aux centuries que celui de confirmer le choix fait par les curies [72]. Mais une provocation imprudente du consul Geganius amena les tribuns à soumettre aux tribus convoquées de véritables propositions de lois, que les patriciens ne purent s'empêcher de ratifier [73]. Dès ce moment la plèbe se trouva constituée comme pouvoir légal et actif dans l'État, et la condamnation que les tribus prononcèrent bientôt après contre Coriolan [74] démontra d'une manière frappante la puissance irrésistible de la commune organisée. La force agressive de la plèbe fut encore augmentée par une loi de Publilius Volero qui revendiqua (282) pour les tribus l'élection des tribuns qui jusqu'alors parait avoir eu lieu dans les comices des centuries, soumises à l'influence des magistrats patriciens [75]. Quelques années plus tard (298), le tribun Icilius obligea les consuls à porter les décrets de la plèbe devant le sénat pour en obtenir la ratification [76]. Mais le triomphe le plus éclatant fut l'admission d'une proposition qui eut pour effet de rendre les patriciens et les plébéiens égaux devant la loi.

Les chefs de la plèbe n'avaient pas été longtemps sans s'apercevoir qu'une des causes principales de l'oppression de leurs concitoyens était l'ignorance du droit dans laquelle ils étaient maintenus par les patriciens. Cet état de choses était surtout intolérable dans l'administration de la justice, qui était exclusivement dans les mains de ces derniers. Le tribun C. Terentilius Arsa fit donc la proposition de nommer cinq commissaires

[70] Tite-Live, II, 41. - Denys d'Hal., VIII, 82.80. — L'exemple du patricien Cassius condamné par sa propre caste me fournit l'occasion de renvoyer à l'intéressant article de Niebuhr, intitulé « des dissensions intérieures dans le sein des patriciens. » *Histoire romaine*, t. II, pages 141, 146.

[71] Tite-Live, II, 54. 55.

[72] Denys d'Hal., IX, 46. — Appien, *de bellis civilibus*, 1, 1.

[73] Denys d'Hal., VII, 17 sqq., raconte que le consul Geganius refusa dans une assemblée de centuries la parole au tribun Brutus, en disant que les tribuns n'avaient pas le droit de parler au peuple assemblé sur la convocation des consuls. « Que si vous convoquiez le peuple, ajouta-t-il par dérision (car les tribuns n'avaient pas le droit de convoquer le *populus*), je vous laisserais libre de parler et d'agir. » Le tribun convoqua pour le lendemain la plèbe par *tribus*.

[74] Tite-Live, II, 34. 35. - Denys d'Hal., VII, 21-65. — D'autres exemples de condamnations prononcées contre des patriciens par les comices des tribus se trouvent chez Tite-Live, II, 52. 54. 61. III, 12. 13. 31. - Denys d'Hal., IX, 27. 35. 36. 51. 54. X, 5. 8. 42. 48. 49.

[75] Tite-Live, II, 56. - Denys d'Hal., IX, 43. 49.

[76] Denys d'Hal., X, 31. 32.

chargés de fixer par écrit et d'une manière certaine le pouvoir consulaire [77]. L'opposition des patriciens ne fit qu'augmenter l'ardeur du tribun qui, après le rejet de sa motion, la reproduisit l'année suivante sous une forme plus énergique en demandant un code complet du droit auquel les plébéiens eussent à se conformer. Après une résistance prolongée pendant dix ans, les patriciens se virent forcés de céder ; mais craignant que cette mesure n'eût pour effet de constituer deux nationalités distinctes, dont la plus faible ne tarderait pas à succomber, ils préférèrent la modifier en ce sens, qu'on rédigerait une loi commune à la nation entière [78]. Toutes les magistratures furent suspendues, et tous les pouvoirs conférés à un comité composé de dix patriciens élus par les centuries, *decemviri legibus scribendis*. Ce comité publia après l'année le résultat de ses travaux, écrit sur dix tables. L'année suivante on élut de nouveaux decemvirs, parmi lesquels il y eut, à ce qu'il paraît, cinq plébéiens [79]. Ces magistrats rédigèrent deux nouvelles tables comme supplément des dix déjà promulguées. Après l'expiration de leur année, ils se maintinrent illégalement dans leurs fonctions; mais ils en furent destitués (350) à la suite d'une émeute causée par la tyrannie de leur collègue Appius Claudius [80].

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

---

§ 16. *Mores majorum.* — *Leges regiæ.* — *Jus Papirianum.*

Les origines du droit romain se trouvaient sans doute dans les coutumes qui de la nation mère avaient passé à la nouvelle colonie, *mores majorum* [1].

[77] Tite-Live, III, 9, « ut quinque viri crearentur legibus de imperio scribendis. » Ce nombre de *cinq*, combiné avec Tite-Live, III, 31, semble indiquer que la première proposition des tribuns tendait à faire rédiger la nouvelle loi par des plébéiens. En 300 ils consentirent à ce que la commission fût composée de patriciens et de plébéiens en nombre égal. Enfin les patriciens obtinrent, en échange de leurs concessions, que les décemvirs fussent exclusivement pris dans leur ordre. Denys d'Hal., X, 55.

[78] Tite-Live, III, 31. - Denys d'Hal., X, 4. - Zonaras, VII, 18.

[79] Tite-Live, III, 34. 195. - Denys d'Hal., X, 58. - Cf. Niebuhr, t. I, pages 374-384.

[80] Cic., *de rep.*, II, 36. 37. - Tite-Live, III, 36. 37. - Denys d'Hal., XI, 31. 48.

[1] Pomponius, Fr. 2, § 1. D. *de origine juris*, I, 2. « Et quidem initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit. »

De bonne heure le droit public fut déterminé et modifié par la volonté du peuple solennellement et régulièrement exprimée dans les comices, par la **loi**; mais le droit privé continua de se maintenir et développer, comme il était né, par l'**usage**. Le droit coutumier était évidemment double, celui des patriciens et celui de la plèbe. Il est même probable que dans le commencement chaque tribu avait son droit propre. Les différences de tribu à tribu, qu'il est d'ailleurs impossible de préciser, disparurent bientôt; mais la séparation entre la plèbe et les patriciens survécut même à la législation des Douze Tables.

Les lois sévères contre les débiteurs, et particulièrement la contrainte par corps, ne s'appliquaient, selon toute probabilité, qu'aux plébéiens [2]; la loi des Douze Tables encore refusait à ces derniers la faculté de contracter mariage avec les *patres* [3]; il paraît que les immeubles d'un plébéien ne pouvaient être acquis par un patricien et *vice versa* [4]; la législation sur la propriété territoriale est évidemment fondée bien plus sur des institutions plébéiennes que sur la coutume des patriciens, qui d'ailleurs, à cause du domaine public dont ils disposaient, étaient bien moins intéressés dans cette matière [5]; enfin, nous pouvons poursuivre jusque dans des temps assez avancés des différences analogues dans les actes les plus importants de la vie civile.

Comme chez presque toutes les nations, de même chez les Romains les prêtres étaient dans le principe les dépositaires du droit [6]. Aussi est-ce à l'occasion du droit sacré que les anciens nous parlent de la première collection de lois. Ils nous rapportent qu'un certain Papirius ou Papisius, pontife sous Tarquin le Superbe, composa un recueil de *leges regiæ*, c'est-à-dire de lois votées par le peuple sur la proposition du roi [7]. Cette collection, connue sous le nom de *Jus Papirianum*, paraît avoir conservé une certaine autorité pendant assez longtemps; car encore vers la fin de la

[2] *Voy.* Niebuhr, t. I, p. 559. II, p. 318. — Tite-Live, VIII, 28, en parlant de la loi *Pœtelia Papiria* qui abolit l'engagement de la personne du débiteur : « Eo anno (429) plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt. » *Voy.* t. II, § 380. — Le même Tite-Live, VI, 36, dit : « Ubicumque patricius habitet, ibi carcerem privatum esse », et rapporte, III, 57, la plaisanterie sanglante du décemvir Appius Claudius qui appelait la prison « domicilium plebis romanæ. »

[3] *Voy.* ci-après § 18, note 1.

[4] *Voy.* Niebuhr, t. II, pages 181. 317. 340.

[5] *Voy.* ci-après § 178.

[6] Cic., *de rep.*, II, 31. - Festus, v. « *Rituales* nominantur Etruscorum libri in quibus perscriptum est quo ritu condantur urbes, ædes sacrentur, qua sanctitate muri, quo jure portæ, quo modo tribus, curiæ, centuriæ distribuantur, exercitus constituantur, ordinentur, *cetera*que ejusmodi ad bellum ac pacem pertinentia. »

[7] L'initiative des lois n'était pas un privilége exclusif du roi; déjà dans les premiers siècles nous trouvons une loi *Horatia*, c'est-à-dire proposée par Horatius, qui accorde à une vierge vestale, de nom Tarratia, la faculté de tester. Aulu-Gelle, VI, 7. - Pline, *Hist. nat.*, XXXIV, 6 - Macrobe, *Saturn.*, I, p. 115.

république elle fut commentée par le jurisconsulte Granius Flaccus. Cependant nous ne savons rien de précis sur le *Jus Papirianum;* il paraît qu'il ne traitait guère que du culte et des cérémonies religieuses [8]. Les savants des siècles derniers ont cherché à restituer une grande partie des *leges regiæ,* et surtout du *jus Papirianum,* à l'aide des indications qui se trouvent dans les anciens, particulièrement dans Varron, Cicéron, Denys d'Halicarnasse, Plutarque, Aulu-Gelle, Servius, Macrobe et Festus; mais ces essais sont en général empreints d'une hardiesse qui approche de la légèreté. De nos jours M. Dirksen a le premier publié sur cette matière un travail qui se distingue par une critique sérieuse [9].

En dehors de la collection de Papirius les anciens font encore fréquemment mention de lois royales [10]. Mais ces indications manquent généralement de précision, et il est probable que plus d'une disposition de l'ancien droit coutumier fut, dans des siècles postérieurs, erronément envisagée comme un produit de la législation [11]. Il ne nous est d'ailleurs resté aucun fragment authentique de pareilles lois [12].

§ 17. *Lois des Douze Tables.*

Le changement de la forme du gouvernement qui fut la suite de l'expulsion des rois n'exerça guère d'influence sur le droit existant. Quant au droit public, on se borna à remplacer le roi par deux consuls. Le droit

[8] *Voy.* en général Denys d'Hal., III, 36. — Fr. 2. § 2. 26. D., *de origine juris* 1, 2. - Fr. 144, D., *de verb. sign.* 50. 16. - Servius, *ad Virg. Æn.*, XII, 836. - Macrobe, *Saturn.*, III. 11. — Il est possible que le commentaire de Granius Flaccus soit le même ouvrage que Censorinus, *de die nat.*, c. 3, cite sous le nom de « Indigitamenta, c'est-à-dire Tableau des divinités. » *Voy.* Bach, *Hist. jurispr. Rom.*, l. 1. § 8, et Walter, *Geschichte des Röm. Rechts*, § 402, note 8.

[9] On peut lire, sur les essais hasardés de Baudouin, Orsini, Pighius, Terrasson et d'autres, l'article de Daunou dans la *Thémis*, tome V, page 251 (p. 192 de l'éd. belge). — Le travail de M. Dirksen se trouve dans son ouvrage intitulé : *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Römischen Rechts.* Leipzig, 1823.

[10] Cic., *de rep.*, II, 14. V, 2, qui fait peut-être allusion au *jus Papirianum.* — Tite-Live, VI, 1.—Denys d'Hal., II, 15. 25. IV, 10. 13. 43 -Tacite, *Annal.*, III, 26. XII. 8.—Plutarque, *Romulus*, 22. — Festus, vv. *Termino. Porci (parric.) quæstores.*

[11] Les livres de droit de l'antiquité contiennent deux citations de *leges regiæ*, savoir : Marcellus, Fr. 2, D. *de mortuo inferendo*, 11, 8. « Negat lex regia mulierem, quæ prægnans mortua sit, humari antequam partus excidatur; » et Papinien, *Coll. leg. Mos. et Rom.*, IV, 8 : « Cum patri lex regia dederit in filium vitæ necisque potestatem. » — Un passage mal compris d'un savant Italien du seizième siècle, Marliani, *Topographio antiquæ Romæ* (dans Graevii *Thesaurus ant. Rom.*, III, p. 86 sqq.), a fait croire que Marliani avait eu et transcrit dans son livre une table antique, contenant des lois royales. Cette prétendue *tabulo Morlioni* n'est qu'une hallucination de quelques érudits.

[12] *Voy.* en général sur la loi des Douze Tables : Cic., *de rep.*, II. 36. 37. — Tite-Live, III. 9. 10. 31 et sqq. — Denys d'Hal., X, 1-3. 50-52. 54-57. 60

privé éprouva certes moins encore de modifications. Cependant la transaction continua de se faire lentement entre les deux droits nationaux, jusqu'à ce que la loi des Douze Tables opérât une fusion presque complète. Les anciens disent expressément que le but de cette législation était d'établir un droit équitable, impartial et égal pour les deux fractions du peuple [13]. Les décemvirs adoptèrent probablement les règles qui déjà par l'usage étaient devenues communes aux patriciens et aux plébéiens; et suivant cette impulsion ils en ajoutèrent d'autres dans le même sens. Aussi les dix premières tables furent jugées très-équitables, tandis que Cicéron dit que les deux dernières, où se trouve entre autres la défense de mariage entre patriciens et plébéiens, contenaient *iniquas leges* [14].

Nous lisons dans Tite-Live, Denys d'Halicarnasse et d'autres auteurs d'une époque plus récente, que les Romains auraient envoyé des ambassadeurs en Grèce pour y recueillir des lois dont on pût faire usage dans la nouvelle législation, et qu'un certain Hermodore d'Éphèse eut une grande part à la confection des Douze Tables [15]. Ces faits ont été révoqués en doute par de célèbres historiens modernes. D'autres se sont chargés du soin de défendre les anciens. Il est difficile de porter un jugement décisif dans cette question. Le silence des historiens contemporains de la Grèce et des auteurs romains antérieurs à l'empire rend le fait même de l'envoi des ambassadeurs fort douteux; mais alors même qu'on devrait l'admettre il serait probable que ce voyage n'eût été qu'un moyen employé par les patriciens afin d'ajourner indéfiniment l'œuvre législative [16]. Ce qui est certain, c'est que le droit contenu dans la loi des Douze Tables est essentiellement national et qu'aucune législation étrangère n'y a exercé une influence sensible [17].

[13] « Æquum jus. » Tacite, *Ann.*, III, 27. — Voyez Niebuhr, t. II, p. 372, et Hugo, *Gesch. des römischen Rechts*, p. 100. 102. (11e édit.)

[14] Cic., *de rep.*, II, 37.

[15] Tite-Live, III, 31. 33. - Denys d'Hal., X, 51. 52. 54. 56. 58. 62. - Tacite, *Ann.*, III, 27. « Creatique decemviri, et accitis quæ *usquam* egregia, compositæ duodecim tabulæ. » - Aulu-Gelle, XX, 1. - Strabon, liv. XIV, p. 951. - Pline, *Hist. nat.*, XXXIV, 11. - Zonaras, VII, 18. - Fr. 2. § 4. D., *de origine juris* 1. 2.

[16] C'est Vico qui le premier révoqua en doute le voyage des ambassadeurs romains. Bonamy se rangea de son avis en ce qu'il soutint que les Douze Tables ne contiennent guère d'éléments de droit grec (*Mémoires de l'Acad. des belles-lettres*, tome XII, page 27). Terrasson, dans son *Hist. de la jurispr. rom.*, cherche longuement à le réfuter. Depuis, beaucoup de savants ont pris parti pour ou contre le voyage en Grèce. L'ancienne opinion a nouvellement trouvé des défenseurs passionnés dans Seerp Gratama, *Oratio de Hermodoro Ephesio, vero XII tabularum autore* (Annales Acad. Groningianæ, 1816 1817), et Sebastien Ciampi : *Novum examen loci Liviani de legatis Athenas missis*. Wilna, 1821. — Elle a été combattue par Gibbon et Niebuhr, et récemment par M. Lelièvre, *Comm. antiquaria de legum XII tab. patria*, Louvain 1827, et M. Roulez, dans le *Recueil encyclopédique belge*, t. I, p. 150.

[17] Ce n'est pas sérieusement que, pour prouver l'origine étrangère des Douze Tables, on invoque les dispositions qui donnent force obligatoire aux transactions des plaideurs, qui

Dans l'année qui suivit la destitution des décemvirs, les nouvelles lois furent exposées publiquement par les consuls Horace et Valerius. Les tables sur lesquelles elles étaient gravées [18] furent consumées par les flammes lors de l'invasion des Gaulois. On en fit d'autres qui peut-être existaient encore au deuxième siècle de l'ère chrétienne [19].

La loi des Douze Tables est considérée par les Romains comme la source principale de leur droit national. C'est dans ce sens qu'on lui donne souvent le nom de *lex* par excellence et qu'on appelle *legitimum* ce qui en dérive [20]. Les anciens en parlent avec un respect et une admiration qui, bien que parfois poussés jusqu'à l'exagération [21], paraissent justifiés par la concision et la perfection du langage des fragments dont nous avons connaissance, ainsi que par les résultats nés du développement que les institutions dérivant de la loi des Douze Tables ont reçu par la suite. On la faisait apprendre dans les écoles, et sous les empereurs encore elle fut commentée par des jurisconsultes célèbres [22].

Cependant elle ne nous a pas été conservée; nous n'en connaissons que des fragments peu considérables qui se trouvent épars et cités par hasard dans les auteurs; particulièrement dans Cicéron, Aulu-Gelle et Festus, ainsi que dans les jurisconsultes Ulpien et Gaius. Ces fragments ont servi

permettent de tuer le voleur armé, et d'autres qui se retrouvent dans presque toutes les législations. Il est, à la vérité, possible que plus d'une règle romaine ait été empruntée au droit grec (Cic., *de leg.*, II, 25. - Fr. 4, D. *de collegiis* 47, 22. Cf. Fr. 13. D. *finium regundorum* 10, 1); mais ces dispositions ne se rapportent qu'à des particularités sans influence sur l'ensemble de la législation dont le caractère *autochthone* ressort invinciblement de l'homogénéité du système même et du développement conséquent qu'elle a suivi jusque dans les derniers temps de l'histoire romaine.

[18] Tite-Live, Denys d'Halicarnasse et Diodore disent qu'elles étaient d'airain. Le Digeste parle de tables d'ivoire, *eboreæ*, auquel mot quelques autres voudraient substituer *roboreæ*, tables de chêne. Fr. 2. § 4. D., *de origine juris* 1, 2.

[19] Tite-Live, III, 34. - Denys d'Hal., X, 3. - Ausone, *Idylles*, XI, 61. sqq. — Ceux qui soutiennent que ces tables existaient encore au deuxième siècle de l'ère chrétienne se fondent sur un passage de Cyprien, évêque de Carthage, lequel, en parlant de la perversité des hommes de son temps, dit entre autres : « Incisæ sint licet leges duodecim tabulis, et publico ære præfixo jura præscripta sint, inter leges ipsas delinquitur, inter jura peccatur. » *Voy.* ses *Lettres*, II, 2 (p. 48 de l'édit. d'Érasme).

[20] Tite-Live, III, 34. « Fons omnis publici privatique juris. » - Tacite, *Annal.*, III, 27. « Finis æqui juris. » - Ulpian, XI, 3. « Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt : per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur. » - Le même, XII, 1. - Gaius, I, 155 et *passim*.

[21] *Voy.* surtout Cic., *de legibus*, II, 23, et *de oratore*, I, 44. Dans ce dernier passage il fait dire à Crassus : « Fremant omnes licet, dicam quod sentio : bibliothecas, me hercule, omnium philosophorum unus mihi videtur duodecim tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare. »

[22] Cicéron cite comme interprètes de la loi des Douze Tables les jurisconsultes L. Ælius et L. Acilius (Cic., *de legibus*, II, 23); Pomponius mentionne l'interprétation de Sextus Ælius Catus (Fr. 2, § 38, D., *de orig. juris*, 1, 2, et ci-après § 47); Aulu-Gelle, I, 12. VII, 15. XX, 1, parle d'un travail de Labéon sur les Douze Tables, et le *Digeste* de Justinien contient vingt passages du commentaire de Gaius sur cette loi (δωδεκάδελτος).

de base à de nombreux essais de restitution entrepris depuis le seizième siècle par plusieurs savants, parmi lesquels nous citons Baudouin, Hotman, Marsilius, Antonius Augustinus. Le premier essai remarquable fut publié par Jacques Godefroi dans son ouvrage : *Quatuor fontes juris civilis*. Après lui nous devons mentionner les travaux de Gravina, Terrasson, Funccius, Branchu. Dans la dernière moitié du dix-huitième siècle, Bouchaud, professeur de droit à Paris, écrivit un gros commentaire sur la loi des Douze Tables. Mais tous ces savants, malgré l'érudition dont ils font preuve dans leurs recherches, n'échappent pas au reproche d'avoir accueilli à la légère bien des passages que rien ne prouve avoir fait partie des Douze Tables. De nos jours Haubold et Dirksen y ont enfin appliqué une critique saine et sévère[25].

[25] Les renseignements les plus précis sur les fragments dont nous avons connaissance se trouvent dans l'ouvrage de M. Dirksen, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel Fragmente*. Leipzig, 1824.

DEUXIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS LA LOI DES DOUZE TABLES JUSQU'A LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE.

305-723 de Rome. — 449-31 avant J.-C.

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

PROGRÈS DE LA PLÈBE. FUSION DES DEUX ÉTATS.

§ 18.

Par la loi des Douze Tables, tous les citoyens étaient égaux quant aux droits civils, sauf la défense de mariage entre patriciens et plébéiens qui se trouvait consacrée dans les dernières tables [1]. Sous l'influence de la terreur causée par la punition des décemvirs, les patriciens laissèrent même à la plèbe conquérir plusieurs droits politiques. Les élections furent rendues aux centuries; une loi du consul Valerius (305) assimila presque les décrets de la plèbe à ceux portés dans l'assemblée des centuries [2]; et le tribun Duilius fit passer deux lois infligeant la peine capitale à quiconque empêcherait l'élection des tribuns ou oserait faire élire un magistrat *sine provocatione ad populum* [3]. L'entente entre les deux classes du peuple paraît même avoir été telle, qu'en 307 deux patriciens faisaient partie du collége des tribuns de la plèbe. Deux années plus tard (309) le tribun Canuleius obtint l'abolition de la défense de mariage entre patriciens et plébéiens, défense qui depuis longtemps était incompatible avec les mœurs de la nation. Car il est incontestable que déjà avant la loi *Canuleia* les mésalliances étaient assez fréquentes. Mais ces

[1] Cic., *de rep.*, II, 57. « Duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus... connubia... ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt. — Tite-Live, IV, 4. — Denys d'Hal., X, 60. XI, 28.

[2] *Voy.* ci-après § 23.

[3] Tite-Live, III, 55. IV, 13. · Diodore, XII, 26. · Festus, v. *Sacrosanctum*.

unions ne produisaient pas l'effet d'un mariage civil, et il est probable que les enfants qui en naissaient n'étaient point admis parmi les patriciens [4].

Bientôt cependant les patriciens se crurent assez forts pour résister à ce mouvement progressif; la dernière motion de Canuleius avait déjà rencontré une vive opposition, et il échoua complétement lorsqu'il demanda l'admission des plébéiens au consulat. La noblesse sut éluder la proposition en faisant momentanément remplacer les consuls par six *tribuni militum consulari potestate*, dont trois furent pris parmi les plébéiens [5]. Pressentant qu'à la longue il leur serait impossible de résister aux justes réclamations de la plèbe, les patriciens démembrèrent du pouvoir consulaire certaines attributions, afin de conserver celles-ci quand ils devraient céder sur le consulat. Ainsi furent créées (311) magistratures indépendantes la censure conférée par le sénat et les curies, la questure conférée par les centuries, et plus tard (378) la préture et l'édilité patricienne [6].

§ 19.

Depuis la motion de Canuleius jusqu'en 378, il y a tantôt des tribuns militaires, tantôt des consuls patriciens, selon que l'aristocratie perd ou gagne du terrain. Aucun moyen ne répugne aux patriciens pour sauver leurs priviléges menacés; la ruse et la corruption sont les armes ordinaires, mais l'assassinat aussi est proclamé dans le sénat comme une mesure d'utilité publique [7]. Nous trouvons rapporté dans Dion Cassius le massacre de neuf tribuns de la plèbe, qui a dû avoir lieu vers cette époque [8]. En 315, une famine affreuse poussa le peuple au désespoir; le sénat ne put ou ne voulut le secourir; Sp. Mælius, riche chevalier plébéien, sacrifia sa fortune pour acheter des grains qu'il revendit à des prix modérés, ou qu'il abandonna gratuitement aux plus pauvres. Les patriciens conçurent de l'ombrage de cette conduite et nommèrent dictateur le vieux Cincinnatus, qui souilla sa gloire par sa complicité dans l'assassinat de Mælius, commis par le général de cavalerie Servilius Ahala. Ce crime atroce éveilla la plèbe, et il est probable qu'il aurait été suivi de près de la défaite complète des patriciens, si des guerres continuelles n'avaient

[4] Cic., *de rep.*, II, 37. - Tite-Live, IV, 1. 4. 6. - Denys d'Hal., I, 58. — *Voy.* Niebuhr, t. I, p. 346, note 853; t. II, p. 380, note 756.

[5] Tite-Live, III, 1 sqq. - Denys d'Hal., XI, 50 sqq. — Le nombre de ces tribuns varie entre trois et douze. *Voy.* Perizonius, *Animadv.*, II, pages 46 et suiv., et Niebuhr, t. II, p. 440 et suiv.

[6] *Voy.* ci-après § 27.

[7] Tite-Live, IV, 6. - Dion Cassius, *exc. de sent.* 22, p. 151.

[8] Dion Cassius, *exc. de sent.*, 22, p. 152. Cet événement est travesti par Valère-Maxime, VI, 3. 2. — *Voy.* Niebuhr, t. II, p. 465.

empêché la plèbe de poursuivre ses efforts. Cependant elle n'en continua pas moins d'avancer lentement : elle obtint d'abord quelques concessions par rapport au domaine public; puis il fut admis que des plébéiens pussent être portés à la questure. Cette dernière mesure était d'une grande importance, car elle avait pour effet d'introduire dans le sénat les plébéiens qui avaient rempli ces fonctions, et d'y créer un parti qui, à la longue, devait nécessairement vaincre la résistance des patriciens [9]. Aussi le sénat (en 348) accorda-t-il de son propre mouvement une paye régulière aux soldats, concession que les tribuns jusqu'alors avaient toujours réclamée sans succès [10]. Mais une autre innovation fut funeste à la plèbe : le droit d'intercession, qui dans le principe n'appartenait qu'au corps des tribuns, fut accordé à chaque tribun en particulier, même contre ses collègues. Nous ignorons si cette mesure était une conquête des patriciens ou si elle a été prise par les plébéiens mêmes, qui, se trompant sur l'effet qu'elle produirait, n'y voyaient peut-être qu'une extension donnée à la puissance tribunitienne, tandis que ce n'était en réalité qu'un moyen de corruption dans les mains de l'aristocratie [11].

L'invasion des Gaulois rejeta la masse de la plèbe dans la plus affreuse misère. L'ancienne oppression, les anciens griefs se reproduisirent. Les dettes des plébéiens s'accrurent d'une manière effrayante; le cens ne se fit plus ou se fit avec l'arbitraire le plus révoltant [12]. La cruauté des patriciens envers leurs débiteurs passa toutes les bornes. M. Manlius, le défenseur du Capitole, s'étant rendu suspect aux patriciens par les secours qu'il prêta aux pauvres, fut traduit devant l'assemblée du peuple sous la prévention d'aspirer à la royauté. Les centuries l'acquittèrent, mais les patriciens ne reculèrent pas devant un assassinat; ils le firent condamner par les curies et précipiter du haut de la roche Tarpéienne [13]. Le sénat chercha à faire oublier ce crime par des distributions de terres, mais la misère n'en augmenta pas moins. La plèbe allait succomber [14], quand deux hommes doués

[9] Festus, v. *Præteriti*.

[10] Tite-Live, IV, 36. 59 sqq.

[11] Un passage de Tite-Live paraît appuyer la première supposition. En parlant d'Appius Claudius, il dit, V, 2 : « Auctorem fuisse per collegarum intercessionem tribunitiæ potestatis dissolvendæ. » Cf. Le même, I, 44. — Dans tous les cas, il est certain que, dans plus d'une occasion, l'aristocratie sut se servir habilement de cette arme. L'exemple du tribun Octavius qui s'opposa aux motions agraires de Tib. Gracchus est connu. *Voy.* aussi sur cette matière Tite-Live, VI, 35. 49. XXV, 4. XLIII, 16. — Valère-Maxime, VI, 1. 7. 5. 4.

[12] Festus, v. *Tributorum*.

[13] *Voy.* Niebuhr, tome II, page 681, sur l'acquittement de Manlius par les centuries, ainsi que sur sa condamnation par les curies. Ce dernier fait résulte même du passage de Tite-Live, VI, 20. « In Petelinum lucum extra portam Nomentanam concilium populi indictum est. » Car *concilium* populi est l'assemblée des curies; les centuries s'assemblaient au champ de Mars.

[14] Tite-Live, VI, 34. « Tanto in urbe vis patrum in dies miseriæque plebis crescebant....

d'une grande énergie la tirèrent de son abaissement et lui assurèrent la suprématie pour toujours. Pendant dix ans (378-388), les tribuns C. Licinius Stolo et L. Sextius ne cessèrent de réclamer contre le mode inique de distribution du domaine public et contre le sort malheureux des débiteurs abandonnés aux cruautés de leurs créanciers. Mais, tout en cherchant ainsi un remède aux maux actuels, ils voulurent en prévenir le retour en étendant les droits politiques de la plèbe. A cet effet ils demandèrent en dernier lieu que les plébéiens fussent admis au consulat. La résistance des patriciens fut opiniâtre; déjà la plèbe commençait à se lasser, et, ne pensant qu'aux intérêts matériels et aux besoins les plus pressants, elle se montra disposée à abandonner le dernier point, afin d'obtenir une diminution des dettes et une part minime du domaine public. Mais les tribuns ne voulurent point consentir à scinder leurs propositions et obtinrent enfin tout ce qu'ils avaient réclamé[15]. Néanmoins les patriciens ne se croient pas encore vaincus : quand il s'agit d'installer L. Sextius comme premier consul plébéien, les curies cherchent à se soustraire à cette triste nécessité et refusent de lui conférer le pouvoir. La plèbe doit recourir aux armes et les patriciens cèdent[16].

§ 20.

A partir de cette époque, les progrès de la plèbe deviennent de plus en plus rapides. En 412 les deux consuls purent être choisis parmi les plébéiens; insensiblement ils furent admis à toutes les magistratures, et en 502 le plébéien Tib. Coruncanius obtint même la dignité de grand Pontife[17]. C'est en vain que les patriciens, s'emparant de quelques revers essuyés par des consuls plébéiens, cherchent à ressaisir les priviléges perdus; une brillante série de héros montre bientôt que les dieux ne sont pas moins favorables à la roture qu'à la noblesse[18]. Le sénat, recevant ainsi dans son sein les magistrats qui sortaient de fonctions, se modifia essentiellement;

Adeo ergo obnoxios submiserant animos non infimi solum, sed principes etiam plebis... ut ne ad plebeios quidem magistratus capessendos petendosque ulli viro acri experientique animus esset. »

[15] Tite-Live, VI, 35 sqq. — Appien, *de bell. civ.*, I, 8. — Cf. Ovide, *Fastes*, V, 283 sqq.

[16] Tite-Live, VI, 42. — Ovide, *Fastes*, I, 643.

[17] Après ces changements il ne reste plus aux patriciens que quelques dignités de peu d'importance, par exemple celles d'*interrex* et de *flamen* des grandes divinités.

[18] « L'histoire a prouvé que la loi de Licinius, en opérant un bien infini, n'a pas amené le plus léger préjudice. Les Decius, qui se firent victimes expiatoires pour tout le peuple, étaient plébéiens (Juvénal, VIII, 254 et suiv.); ce furent des plébéiens qui, les premiers, arrêtèrent Pyrrhus et le défirent : un plébéien soumit les Gaulois d'Italie; le même mit un terme aux victoires d'Annibal. Un plébéien, général rustique, sorti d'une chaumière (Juvénal, VIII, 245-253), détruisit les Cimbres et les Teutons; le consul qui sauva Rome de la conspiration de Catilina était plébéien, et plébéiens aussi les Catons. Le grand Scipion, il est

bientôt la majorité de ce corps puissant se trouva entièrement déplacée, et nous lisons que la motion du dictateur Q. Publilius Philo, tendante à étendre l'autorité des plébiscites, fut soutenue par le sénat contre les curies[19].

Si l'on ajoute à ces causes un phénomène qui se reproduit dans l'histoire de tous les siècles, savoir, que toute caste finit par s'éteindre à la longue[20], on comprend aisément que les patriciens, peu nombreux d'ailleurs et ne jouissant plus d'aucun privilége réel, ont dû se perdre dans la masse, et que bientôt la plèbe forma pour ainsi dire la république. C'est à partir de ce moment que le mot *populus* comprend tous les citoyens, tant les plébéiens que les *patres*. Cependant, avant d'arriver à une fusion complète, la plèbe doit encore une fois recourir à la force matérielle. La misère qui suivit la guerre des Samnites, et les cruautés exercées contre les pauvres débiteurs, provoquèrent la dernière émigration de la plèbe. Le sénat s'interposa entre les plébéiens et les patriciens; une transaction intervint, qui détruisit la puissance des curies. La loi *Hortensia* (468) attribua aux plébiscites force obligatoire pour la nation entière et rendit la compétence des tribus illimitée comme l'était celle des comices par centuries[21]. C'est là le dernier acte de la lutte entre la plèbe et les *patres*.

§ 21.

Toutes les réformes politiques sont maintenant réalisées; l'égalité des droits politiques et civils est assurée à tous les citoyens; tout présage un avenir heureux. Mais les faits ne répondent point aux prévisions favorables

vrai, était patricien, et il domine sa nation comme Annibal s'élève au-dessus de tous les peuples. Les Émilius, les Valerius, les Sulpicius, les Fabius, et, sans parler des Scipions, d'autres branches des Cornelius, comptaient des hommes qui furent les premiers de la république. Leurs images regardent sans haine celles des plébéiens illustres qui se trouvent à leurs côtés : chacun, prenant pour point de départ les actions de ses devanciers, s'élevait à de nouvelles hauteurs; mais la dégénération se mit partout quand le pouvoir et la richesse vinrent corrompre les esprits. Cependant les municipes rajeunissaient la nation en lui fournissant de nouvelles familles; et, à l'exception de quelques maisons, dont l'éclat n'en fut que plus grand, les patriciens tombèrent bien bas. Catilina lui-même, Lentulus et Céthégus, les chefs de la conjuration, furent tous patriciens; aussi Cornelius Severus lui donne-t-il le terrible nom de crime patricien (*patricium nefas*, SENECA, *Suasor.*, 6). » NIEBUHR, *Hist. romaine*, t. III, p. 12, *traduction de M. de Golbéry*.

[19] TITE-LIVE, VIII, 12.

[20] Vers la fin de la république il n'y eut plus que cinquante familles patriciennes à Rome. DENYS D'HAL., I, 85. — Ce qui contribua encore à l'extinction de ces familles, ce furent les mésalliances qui avaient eu lieu avant la loi Canuleia. Il n'était d'ailleurs pas sans exemple qu'un patricien se fît recevoir dans la plèbe, *transire ad plebem*. CIC., *Brutus*, c. 16. - TITE-LIVE, IV, 16. - Cf. PLINE, *H. N.*, XVIII, 4. et ZONARAS, VII, 15. — Ainsi Clodius se fit adopter par un plébéien afin de pouvoir obtenir le tribunat. CIC., *ad Att.*, I, 18. 19.

[21] *Voy.* ci-après §§ 23 et 41.

qu'on aurait pu fonder sur le passé. L'aristocratie de naissance, dont le peuple venait de briser le joug, fut bientôt remplacée par une aristocratie d'argent qui se recrutait au sein même de la plèbe et qui acquérait, comme l'ancienne, par l'administration des affaires publiques ses moyens de domination. Dès lors le sénat ne fut plus accessible qu'aux plus riches [22], et les chevaliers formérent, non plus un corps de guerriers, ayant pour mission de défendre la patrie, mais avant tout une caste de ploutocrates, ayant au moins un million d'*as* [23]. C'est dans le premier de ces ordres que se concentre l'action du pouvoir, source directe de richesses immenses par suite des conquêtes toujours croissantes de la République; mais l'ordre équestre puise aussi largement à cette source par l'exploitation du commerce et la ferme des impôts provinciaux [24]. Cette diversité du mode d'exploitation de la fortune publique fit, à la vérité, de temps en temps naître des froissements entre les deux ordres [25]. Mais la politique habile du sénat, qui savait tour à tour contenir et ménager les intérêts opposés, finit par absorber les éléments discordants [26]. A mesure que les intérêts matériels grandissent et se dessinent plus clairement, cette rivalité s'efface, et vers la fin de la république les deux ordres qui représentent la richesse se trouvent d'ordinaire réunis dans toutes les questions vitales pour combattre l'élément populaire. Dans les combats qui se livrent sur ce terrain, l'ardeur ne fit pas plus défaut que dans les mouvements de la démocratie qui avaient agité les cinq premiers siècles de Rome; mais autant la lutte entre la commune et les anciens *patres* avait été noble et sublime, autant celle qui s'engage entre les pauvres et les *optimates* fut triste et affligeante. La nouvelle noblesse plébéienne, formée des familles qui comptaient un certain nombre de magistrats, ne se montre guère plus équi-

[22] Cf. Tite-Live, XXIV, 11. — Suétone, *Octave* 41, nous rapporte qu'Auguste porta le cens sénatorial de 800,000 à 1,200,000 sesterces, ce qui faisait trois millions d'*as*.

[23] Tite-Live, V, 7, mentionne un *census equester* déjà lors du siége de Veies, 353 de Rome; mais sans en faire connaître le chiffre. — C'est, au reste, un des problèmes les plus difficiles, nous osons dire un problème insoluble, que celui d'expliquer comment s'est opéré le changement qui transforma en *ordre social et politique* le corps des chevaliers qui, dans l'origine, n'avait évidemment qu'un caractère militaire.

[24] Cic., *pro Plancio*, 9. « Flos equitum Romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum reipublicæ, publicanorum ordine continetur. » — *Declamatio pro domo*, 28.

[25] Aussi les Gracques voulurent-ils se servir des chevaliers pour paralyser le pouvoir du sénat. *Voy.* ci-après § 35, note 33. Mais cette opposition entre les deux ordres, quelque vive qu'elle pût paraître parfois, n'alla jamais jusqu'à une scission sérieuse. L'histoire moderne nous montre quelque chose d'analogue dans l'opposition des parlements en France, et dans les froissements qui existent entre l'aristocratie anglaise et la compagnie des Indes.

[26] Et cela d'autant plus facilement que le sénat, à tout prendre, se recrutait forcément parmi les chevaliers, des rangs desquels sortaient la plupart des magistrats. Aussi les sénateurs, quand ils voulaient exercer leur droit de suffrage, votaient-ils avec les centuries des chevaliers, et chez Tite-Live, XLII, 61, l'ordre équestre est appelé la pépinière du sénat, *seminarium senatus*.

table que celle des *patres;* toutes les vieilles ruses devenues traditionnelles au sénat continuent d'être employées. C'est toujours au nom de la patrie que se font les spoliations et les violations de la loi; la religion sert, comme autrefois, de manteau à toutes les turpitudes; la corruption est le moyen le plus ordinaire de faire taire les défenseurs des pauvres; et quand tous ces moyens ne réussissent point, on a recours à l'assassinat. Par contre, la masse des opprimés est loin de présenter le beau spectacle de l'ancienne plèbe qui, bien que faible et quelquefois trompée, avait combattu avec tant de résignation et de persévérance. C'est que la plèbe était une nation entière, une armée serrée, restant toujours la même et sachant bien ce qu'elle voulait; tandis que les pauvres des derniers temps de la république formaient une masse sans organisation, ne se connaissant point et ne comprenant pas la source de ses maux. C'est en vain que de temps en temps des hommes généreux se lèvent pour la sauver; ils ne sont pas compris. Élevés aux nues tant qu'ils apportent un allégement momentané à la misère la plus poignante, ils se voient abandonnés dès qu'ils poursuivent leurs idées de progrès au delà des besoins actuels ; et le sénat, constant dans sa politique froide et implacable, saisit ces moments de lassitude pour immoler ces défenseurs du peuple que le peuple ne soutient plus.

L'égoïsme qui domine la masse favorise encore les défections; et tel qui, pauvre aujourd'hui, combattait pour le peuple, en désertait la cause le lendemain quand il avait trouvé moyen de sortir des rangs des opprimés et d'opprimer lui-même à son tour.

En contemplant cet affligeant spectacle on est nécessairement amené à se demander quelles étaient les causes de cette démoralisation générale. Il est probable que bien des faits importants échappent à nos investigations; cependant, on peut le dire avec certitude, parmi ces causes il faut ranger en première ligne le défaut d'organisation sociale, dont le symptôme le plus frappant est la grande inégalité des fortunes, qui augmenta rapidement de jour en jour [27]. Déjà, avant la conquête de l'Italie, le domaine public avait fourni aux gouvernants les moyens d'accumuler des trésors aux dépens de la masse du peuple; mais la progression devint bien plus effrayante, lorsqu'ils purent étendre aux provinces l'admirable système d'exactions et de concussions qui était la suite inévitable des conquêtes de la république [28]. Ainsi la guerre, qui accroissait sans cesse la misère du peuple, contribua à élever à la fois le pouvoir et les richesses des grands; et quiconque voulait remédier à cet état de choses, semblait porter atteinte à la sécurité du gouvernement et de l'État même.

[27] *Voy.* ci-après note 29.

[28] On trouve des détails intéressants sur l'oppression qui pesait sur l'Italie dans M. MICHELET, *Histoire romaine*, t. III chap. 1, notes 4. 5. 6. — Sur l'administration des provinces, *voy.* ci-après § 38.

Au premier abord on pourrait penser que, sous ce rapport, Rome ne se trouvait pas dans une position plus désespérée que la plupart des sociétés modernes dans lesquelles les mêmes abus et les mêmes vices se retrouvent avec plus ou moins d'intensité. Mais il y a cette immense différence qu'à Rome le pauvre n'avait aucun moyen de sortir de sa position : il ne comprenait pas son importance comme travailleur. Les Romains ne connaissaient d'industrie digne de l'homme libre que l'agriculture ; et cette ressource modeste n'était pas suffisante pour contre-balancer les moyens puissants dont les riches disposaient. Encore, dans l'agriculture, était-il facile à ces derniers d'écraser la concurrence des pauvres au moyen du travail des esclaves. Cela était bien compris par les hommes qui s'occupaient du sort de leurs concitoyens. Déjà Licinius avait voulu que les possesseurs des terres du domaine public employassent un certain nombre d'hommes libres pour la culture ; et l'on attribue à C. Gracchus l'idée que personne ne devrait avoir plus de terres qu'il ne pourrait en cultiver lui-même[29].

Ainsi l'institution de l'esclavage était une cause de corruption, non-seulement parce qu'elle contient une violation de la dignité humaine, mais encore parce qu'elle permettait aux riches de centupler leurs moyens de domination, et d'aggraver de plus en plus le joug qu'ils faisaient peser sur les travailleurs libres. L'esclavage étendait sa pernicieuse influence même par delà sa durée. Tout affranchi devenait de plein droit citoyen romain. Or, il est facile de comprendre à quel titre les esclaves d'un maître corrompu pouvaient mériter la faveur de l'affranchissement. Le servilisme, l'avidité, l'hypocrisie, la corruption, tous les vices en un mot avaient envahi cette société avilie ; et cet état de dégradation devint de jour en jour plus désespérant à mesure que les affranchissements accrurent le nombre des citoyens. Ce mode de naturalisation était devenu si fréquent vers la fin de la république, que l'on crut devoir prendre des mesures législatives pour en prévenir l'abus[30].

[29] Appian, *de bellis civ.*, I, 7. - Siculus Flaccus, *de condit. agror.*, p. 2, ed. Gœs. « (Gracchus) Intelligebat enim contra jus esse majorem modum possidere quam qui ab ipso possidente coli possit. » — Les efforts de ces réformateurs eurent si peu de succès que du temps de Cicéron il n'y avait que deux mille citoyens qui eussent des terres. Cic., *de off.*, II, 17. Aussi Pline l'Ancien attribue-t-il la décadence de Rome en grande partie à l'accumulation de la propriété territoriale entre les mains d'un petit nombre de riches. Pline, *H. N.*, XVIII, 4. « Latifundia perdiderunt Italiam, jam et provincias. »

[30] *Voy.* ci-après § 54. — Sur le débordement des affranchis, lisez M. Michelet, *Hist. rom.*, t. *III*, chap. 1. Avant la censure d'Appius Claudius (442), les affranchis, confondus avec les *ærarii*, avaient bien le droit de cité, mais ils étaient de fait privés des droits politiques. Appius, en distribuant dans les tribus tous les citoyens sans distinction, prépara une ochlocratie qui dut conduire au despotisme monarchique. (Tite-Live, IX, 46. « Humilibus per omnes tribus divisis, forum et campum corrupit. » - Diodore, XX, 36. - Aulu-Gelle, VI, 9.) La mesure qui valut à Fabius le nom de *Maximus*, et qui consistait à reléguer les affranchis dans les tribus urbaines (449), n'était qu'une disposition transitoire et ne pouvait remédier aux vices de l'organisation sociale. Tite-Live, IX, 46.

Pourtant il y avait un élément qui aurait pu rendre à la république la force nécessaire pour se relever. Il eût suffi d'accorder aux habitants des villes d'Italie le droit de cité et de les faire participer au pouvoir législatif par une représentation rationnelle. Mais le sénat, prévoyant les suites inévitables d'une pareille réforme, chercha par tous les moyens possibles à la prévenir. Le patriotisme étroit et l'orgueil national de la plèbe lui vinrent en aide : jamais celle-ci ne comprit de quelle utilité lui seraient les auxiliaires que cette mesure lui aurait donnés. Ce fut en vain que quelques hommes d'un génie supérieur cherchèrent à entraîner la masse inerte ; elle les abandonna au moment décisif, et ce fut à de pareilles défections que les Gracques et Livius Drusus durent leur perte [31]. Même après que les alliés eurent forcé la fière Rome à les admettre dans son sein, la représentation des villes fut illusoire. Tout se concentrait dans la capitale ; les richesses et le pouvoir, le talent et les vices, la misère et l'abjection. Rome absorbait l'Italie. C'est ainsi que des motifs d'ambition personnelle, des querelles d'individus purent provoquer des guerres civiles assez terribles pour amener la chute de la république.

Mais avant de passer à ces événements, il importe d'entrer dans quelques détails sur l'organisation intérieure de l'État.

DES COMICES.

§ 22. *Des comices par centuries.*

Dès leur origine les centuries avaient formé l'armée nationale [32] : la loi des Douze Tables, en y faisant entrer tous les citoyens, y compris les patriciens et leurs clients, fit également des comices centuriates la véritable assemblée nationale, *comitiatus maximus.* C'est dans cette assemblée que réside dès lors la souveraineté nationale qui se manifeste par les décisions sur la guerre et sur la paix, par le vote sur les propositions des lois, et par l'élection des magistrats du peuple. Par une inconséquence qui ne s'explique que par l'influence de l'élément religieux, on continuait de faire sanctionner les décrets de cette assemblée par les comices des curies [33]. On com-

[31] Vell. Paterc., II, 2. 6. 14. – Plutarque, *C. Gracchus*, 5. 8. – Appien, *de bellis civ.*, I, 21. 23. 24. 33-39.

[32] Aussi les consuls essayèrent-ils de faire voter des lois par l'armée, par exemple, une loi qui établit un impôt de cinq pour cent sur les affranchissements, *vicesima manumissionum*. Mais les tribuns, craignant les abus qui pourraient en résulter, le défendirent sous peine de mort. Tite-Live, VII, 16.

[33] Cic., *in Rullum*, II, 11 « Majores de omnibus magistratibus bis vos sententiam ferre voluerunt... curiata tantum auspiciorum causa remanserunt... cum majores *binis* comitiis voluerint vos... judicare. »

prend que cette ratification, qui était un véritable anachronisme, n'eut guère en temps ordinaire de signification sérieuse. Cependant Q. Publilius Philo, le premier dictateur plébéien, crut utile de lui ôter toute apparence de valeur à l'égard des propositions de lois, en faisant décider (415) que les curies seraient tenues de donner d'avance leur sanction aux délibérations des centuries [34]. Les élections furent également affranchies des restrictions auxquelles elles avaient été soumises dans le principe. Depuis la loi des Douze Tables, les candidats n'eurent plus besoin d'être présentés par le sénat, et la loi Mænia dispensa en 467 l'élection même de la sanction des curies; les attributions de ces dernières se bornèrent dès lors à la simple formalité de conférer le pouvoir [35].

La loi des Douze Tables fit également de ces comices par centuries le suprême tribunal criminel pour tous les citoyens [36]. Cependant dans des moments d'agitation les patriciens s'arrogèrent encore pendant assez longtemps le droit de juger dans les curies des hommes de leur caste acquittés par les centuries; et par contre, les tribuns citèrent souvent des magistrats devant les tribus afin de les faire condamner à des amendes du chef de mauvaise gestion de leur magistrature [37].

A une époque que nous ne pouvons préciser l'organisation des centuries fut entièrement changée [38]. On conserva la division en cinq classes; mais le mode de voter dans chaque classe subit une modification très-importante. Les anciennes centuries furent remplacées par les tribus locales, de sorte que chaque classe contenait un nombre égal de centuries [39]. Ainsi vers la fin de la république (513), lorsque le nombre des tribus avait été porté

[34] Tite-Live, VIII, 12. « Dictatura popularis... fuit (Publilius), et quod tres leges secundissimas plebei, adversas nobilitati tulit: unam, ut plebiscita omnes Quirites tenerent; (ci-après § 23, note 46); alteram, ut legum, quæ comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium Patres auctores fierent... » — C'est également à cette loi *Publilia* que se rapporte sans doute Tite-Live, I, 17 « hodieque... *priusquam* populus suffragium ineat *in incertum comitiorum eventum* Patres auctores fiunt. »

[35] Cic., *Brutus*, 14; *pro Plancio*, 3. — Aurel. Victor, 33. 34. *Voy.* aussi ci-après, § 24, note 54.

[36] Polybe, VI, 14. — Cic., *de leg.*, III, 19; *de rep.*, II, 36; *pro Sextio*, 30. — Cf. Denys d'Hal., VI, 13. 14. VII, 59. IX, 44. — Fr. 2. § 16. 23. D. *de origine juris*, 1. 2.

[37] M. Manlius Capitolinus fut condamné par les curies. Tite-Live, VI, 20, et ci-dessus § 19, note 13. — Les exemples de poursuites tribunitiennes devant les tribus sont très-nombreux depuis le jugement tenu contre le décemvir Appius Claudius jusque vers la fin du sixième siècle. Tite-Live, IV, 56 sqq. IV, 44. V, 12. XLIII, 8, et *passim*.

[38] Les anciens ne nous donnent aucun renseignement précis sur cette importante modification de la constitution romaine, mais le fait est incontestable et résulte d'un grand nombre de passages, dans lesquels des votes des derniers temps de la république sont rapportés, et particulièrement de Cic., *pro Flacco*, 7, *in Verrem*, II, 5, 15. — Tite-Live, I, 43. — Denys d'Hal., IV, 21. *Voy.* aussi la note suivante.

[39] De là vient que souvent les auteurs parlent de tribus quand il s'agit évidemment de comices par centuries. Polybe, VI, 14 (12). — Cic., *pro Plancio*, 20; *adv. Rullum*, II, 2. — Suétone, *César*, 41. 80; *Octavien*, 56.

à trente-cinq, chaque classe se composait de trente-cinq centuries *juniores* et de trente-cinq centuries *seniores*, ce qui donne un nombre total de trois cent cinquante centuries, auxquelles il faut encore ajouter les centuries des chevaliers [40]. Ce changement eut évidemment pour but de diminuer l'influence de la richesse; car la première classe perdit par là les grands priviléges que Servius lui avait attribués. Elle en obtint un autre, celui de voter la première, *prærogativa*, qui paraît avoir été d'une grande importance morale à Rome. Ce privilége lui fut aussi enlevé par une loi de Caius Gracchus qui le fit dépendre du sort; mais cette loi ne paraît point avoir été exécutée [41]. Cependant l'aristocratie conserva toujours des moyens de dominer ces assemblées [42] tant par les auspices que par le pouvoir arbitraire du magistrat qui les présidait [43].

§ 23. *Des comices par tribus.*

Les comices par tribus qui, dans le principe, n'avaient été qu'une arme de guerre entre les mains des tribuns [44] constituent depuis le commencement de la deuxième époque un rouage régulier de la constitution romaine. Ce fut la loi *Valeria* qui consacra en 305 ce nouvel élément législatif, en accordant aux décrets votés par la plèbe, *plebiscita*, force de loi, pourvu sans doute que le vote eût reçu la sanction de la fraction du peuple qui n'y avait pas concouru, c'est-à-dire des curies [45]. Le dictateur Publilius, en réduisant à une vaine formalité la sanction que les curies devaient donner aux lois des centuries, en fit autant pour les plébiscites (415), et dès lors il semble que les décrets des tribus aient complétement le caractère de lois générales pour la nation entière [46]. Tel est en effet l'état des choses vers la fin de la république; mais ce résultat est par tous les auteurs anciens attribué

[40] Il paraît que le nombre de ces centuries resta fixé à 18. Tite-Live, XLIII, 16. — Cic., *de rep.*, II, 20. — M. de Savigny en porte le nombre à 35. Hugo, *Civilistisches Magazin*, t. III, nº XVI.

[41] Le terme *sortitio prærogativæ*, qui se trouve chez Cic., *Philipp.*, II, 33, se rapporte au tirage au sort qui, de tout temps et avant la loi de Gracchus, avait lieu entre les centuries ou tribus de la première classe. Cf. Tite-Live, XXIV, 7. XXVI, 22. XXVII, 6. — *Voy.* sur la loi de Gracchus Salluste, *de rep. ordin.*, II, 7, et sur la *prærogativa* en général, Festus, v. *Prærogativæ*.

[42] C'est ce qui leur vaut l'éloge que nous trouvons chez Cic., *de legibus.*, III, 19.

[43] Le magistrat président allait même parfois, au moins dans les élections, jusqu'à refuser les votes qu'il n'approuvait point. Cic., *Brutus*, 14. Tite-Live, VIII, 23. Cf. Le même, X, 15. XXIV, 8. XXVII, 6. XXXIX, 39. Vell. Paterc. II, 92.

[44] *Voy.* ci-dessus § 15.

[45] « Ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret. » Tite-Live, III, 55.

[46] Salluste, *fragm. orat. Macri Licinii* (p. 267 ed. Bipont.). — Tite-Live, VIII, 12.

à une loi du dictateur Hortensius, postérieure d'un demi-siècle à celle de Publilius, 468 de Rome [47].

Il est difficile d'expliquer et de concilier ces données différentes [48]. Peut-être la loi *Hortensia* eut-elle pour but, non pas d'augmenter l'autorité intensive des plébiscites, mais d'en étendre la compétence en ce sens que dorénavant les plébiscites pussent embrasser toutes les matières, même celles qui concernaient les citoyens non plébéiens, tandis qu'auparavant les décrets des assemblées plébéiennes n'auraient pu avoir pour objet que des questions concernant la plèbe seulement [49]. Quoi qu'il en soit, depuis la fin du cinquième siècle de Rome, les plébiscites sont, quant à leur autorité et force obligatoire, assimilés aux lois votées par la nation entière dans les centuries [50].

L'existence simultanée de ces deux assemblées législatives, composées d'éléments différents, et ayant chacune, avec une indépendance entière, la plénitude du pouvoir législatif, est certes un fait difficile à comprendre. Il est vrai que les Romains ont l'habitude de ne pas abolir d'un coup les institutions qu'il s'agit de réformer, mais de les faire absorber lentement et insensiblement par d'autres institutions créées à côté des anciennes; mais on ne pouvait rationnellement admettre que les tribus absorberaient les centuries, la partie le tout. Aussi ce fait est-il un symptôme évident d'une désorganisation sociale, provenant sans doute de ce que la partie moyenne du peuple, qui pendant si longtemps avait donné le signal des luttes généreuses de la démocratie, avait cessé de remplir ses devoirs et de pousser,

[47] Pline, *H. N.*, XVI, 15. - Aulu-Gelle, XV, 27.- Pomponius, Fr. 2, § 8. D. *de origine juris*, 1, 2. - Gaius, I, 3. - Théophile, *in Inst.*, 1, 2, 5.

[48] Le dispositif des trois lois nous est donné par les anciens dans les mêmes termes : *Ut quod tributim plebs jussisset, id populum teneret*; de sorte qu'on pourrait être tenté de croire que les lois Publilia et Hortensia n'auraient été que la reproduction de loi Valeria tombée en désuétude. Cela est pourtant inadmissible, par la raison que depuis Valerius la plèbe est toujours en progrès et que par conséquent une désuétude défavorable à la plèbe ne pouvait avoir lieu. Niebuhr, t. II, p. 414; t. III, p. 491, cherche à expliquer le fait en attribuant à la loi Valeria la création du principe d'après lequel les plébiscites pouvaient obtenir force de loi, par suite d'une sanction ultérieure des curies et du sénat. La loi Publilia les aurait affranchis de la sanction des curies, et la loi Hortensia de celle du sénat. Nous n'avons pu adopter cette hypothèse, en ce qui concerne la dernière de ces lois, par la raison que, d'une part, rien ne prouve qu'avant 468 les décrets de la plèbe aient eu besoin d'une sanction expresse du sénat, et que, d'autre part, même après cette époque, nous trouvons qu'une certaine entente entre le sénat et les tribuns paraît avoir précédé ou accompagné le vote des plébiscites.

[49] Pomponius, Fr. 2, § 8. D. *de origine juris*, 1, 2. - Gaius, I, 3. « ... Plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent; itaque eo modo legibus exæquata sunt. »

[50] Pomponius, Fr. 2, § 8. D. *de origine juris*, 1, 2. « ... Et ita factum est, ut inter plebiscita et leges species constituendi interesset, potestas autem eadem esset. »

comme auparavant, aux progrès que le développement social du peuple exigeait. Aussi ne voyons-nous paraître dans la lutte qui précéda la loi de Hortensius, que la partie la plus pauvre de la plèbe, et il se pourrait que cette loi même n'eût été qu'une transaction entre l'oligarchie concentrée dans le sénat et l'ochlocratie exercée par les tribuns [51]. Le résultat inévitable de cet état de choses, malgré les efforts héroïques et généreux de quelques hommes, dut naturellement être la chute des libertés publiques, anéanties au profit de quelques ambitieux, qui surent profiter des froissements entre les deux pouvoirs extrêmes pour les annihiler l'un par l'autre et s'élever eux-mêmes sur les ruines des factions.

§ 24. *Des comices par curies.*

Par suite des changements exposés dans les deux paragraphes précédents, l'importance des curies se trouva entièrement anéantie dès le milieu du cinquième siècle de Rome. Après avoir déjà antérieurement perdu le pouvoir de sanctionner les décrets des centuries et des tribus, elles n'eurent plus, depuis la loi *Mœnia,* d'autres fonctions [52] que de conférer le pouvoir aux magistrats élus par les centuries, ce qui n'était qu'une vaine formalité [53]. Le peuple ne se rend plus à ce simulacre de comices; les curies y sont représentées par trente licteurs assistés des augures et des pontifes [54].

DU SÉNAT.

§ 25.

Le sénat avait l'administration suprême des affaires publiques. Il représentait l'État à l'extérieur, levait les armées, décrétait les impôts et administrait les revenus de la république. A ce titre il disposait du butin et des

[51] C'est du moins ainsi que la chose est présentée par THÉOPHILE, *ad Inst.*, I, 2. 5.

[52] *Fonctions politiques.* Car les comices par curies conservèrent jusque sous les empereurs l'attribution de donner un caractère authentique à certains actes de la vie privée qui, dans l'origine, avaient également été considérés comme intéressant la chose publique, ou tout ou moins le culte de l'État, p. ex. les testaments, les arrogations, les *detestationes sacrorum.* AULU-GELLE, XV, 27. - GAIUS, II, 101. — *Voy.* ci-après tome III, §§ 407 et 444.

[53] CIC., *Philipp.*, V., 16; *in Rullum*, II, 12. - TITE-LIVE, V, 52. - DION CASSIUS, XXXIX, 19.

[54] C'est pourquoi les autres comices sont, par antithèse, appelés *vera comitia* par CIC., *in Rullum*, II, 12. « Neque *veris comitiis*, hoc est, populi suffragiis, neque *illis ad speciem, atque ad usurpationem antiquitatis*, per triginta lictores, auspiciorum causa adumbratis ... » — Cf. LE MÊME, *ad Att.*, IV, 18.

conquêtes, et dirigeait l'administration des provinces par des magistrats qu'il y envoyait. Ses décrets avaient force obligatoire, et les magistrats devaient les exécuter, à moins qu'un tribun n'y opposât son veto [55]. Dans ce cas, et dans tous les autres où un décret du sénat ne pouvait sortir ses effets, on le rédigeait cependant par écrit, afin de le porter en temps opportun soit devant le peuple, soit de nouveau devant le sénat [56]. Les décrets réguliers, ***senatusconsulta***, étaient transcrits dans les archives et confiés à la garde des édiles plébéiens dans le temple de Cérès [57].

Ce sont les consuls, et plus tard les censeurs, qui choisissent les sénateurs parmi les notables, *per lectionem*. Celui qu'ils omettent sur la liste est par cela même exclu, *præteritus* [58]. Par la suite cependant l'exclusion ne pouvait plus avoir lieu que pour des causes déterminées [59]. Le sénat se recrutait surtout parmi les anciens magistrats et spécialement parmi les questeurs (ci-après § 27, note 7) qui y entraient après l'année de leur magistrature, mais n'étaient inscrits qu'au prochain lustre [60]; de là la différence entre *senatores* et ceux *quibus in senatu sententiam dicere licet* [61]. Vers la fin de la république, on fixe un cens sénatorial s'élevant à 800,000 sesterces [62].

Les assemblées du sénat se tenaient dans un lieu sacré, ordinairement

[55] Polybe, VI, 16 (14). - Aulu-Gelle, XIV, 7. - Cic., *de leg.*, III, 3.

[56] Ces décrets sont ordinairement appelés *senatus auctoritates*; mais ce mot comprend également les décrets réguliers ou *senatusconsulta*. Tite-Live, IV, 57. - Dion Cassius, XLII, 26. LV, 3. - Cic., *de leg.*, II, 15; *de orat.*, III, 2; *ad famil.*, I, 2. 7. VIII, 8.

[57] Cette mesure fut prise pour empêcher les faux. Mais on en commit encore souvent dans la rédaction des sénatus-consultes. Cic., *Philipp.*, V, 4; *ad Attic.*, IV, 18; *ad famil.*, IX, 15. XII, 1. 29.

[58] Festus, v. « *Præteriti*... Post exactos eos (reges) Consules quoque et Tribunos militum consulari potestate conjunctissimos sibi quoque patriciorum, et deinde plebeiorum legebant; donec Ovinia tribunicia intervenit, qua sanctum est, ut censores ex omni ordine optimum quemque curiatim in senatu legerent; quo factum est, ut qui præteriti essent et loco moti, haberentur ignominiosi. » - Cic., *pro Cluentio*, c. 42. « ... C. Getam, cum a L. Metello et Cn. Domitio, censoribus, ex senatu ejectus esset, censorem ipsum postea esse factum. » - *Voy.* aussi Dion Cassius, XXXVIII, 30. XLII, 52.

[59] *Lex Cassia*. Ascon., *in orat. in toga cand.* (p. 48, éd. Orelli). - Tite-Live, XXXIX, 42. - Zonaras, VII, 19.

[60] Tite-Live, XXII, 49. XXIII, 23. - Valère-Max., II, 2. 1. - Cf. Tacite, *Ann.*, XI, 22. — Il est intéressant de poursuivre l'histoire du sénat sous ce rapport. Dans le principe il est formé des chefs des *gentes* patriciennes; par la suite ce sont les censeurs qui nomment les sénateurs; à la fin, le peuple les choisit, du moins indirectement, puisque c'est lui qui élit les magistrats qui en sortant de fonctions sont de plein droit sénateurs. C'est ainsi que Cicéron dit, *in Verrem*, IV, 11 : « ... Populo Romano, cujus beneficio nos in hunc ordinem venimus. » Il ne fallait qu'une organisation rationnelle pour en faire une représentation nationale.

[61] Aulu-Gelle, III, 18. - Festus, v. « *Senatores*... cum senatores adesse jubentur, quibusque in senatu sententiam dicere licet; quia ii, qui post lustrum conditum ex junioribus magistratum ceperunt, et in senatu sententiam dicunt, et non vocantur senatores antequam in senioribus sunt censi. » - Cf. Valère-Max., II, 2, 1.

[62] C'est-à-dire deux millions d'as. Auguste l'éleva de moitié en le portant à 1,200,000 sesterces. Suétone, *Octave*, 41.

aux calendes, nones et ides de chaque mois, extraordinairement sur la convocation d'un magistrat. Les consuls présidaient aux délibérations et aux votes. Le doyen du sénat, *princeps senatus*, opinait le premier ; par la suite cependant les consuls appelaient dans l'ordre qu'ils trouvaient convenable. Chaque sénateur pouvait motiver son vote ; il paraît cependant que certains membres, notamment ceux qui y étaient entrés sans avoir été revêtus d'une dignité curule, n'avaient pas le droit d'énoncer leur opinion, mais qu'ils devaient se borner à accéder au vote de l'une ou de l'autre partie [63].

DES MAGISTRATS.

§ 26.

Chaque magistrat avait à Rome ses attributions déterminées ; mais dans le cercle de ces attributions son pouvoir était illimité et dépendait bien moins des lois ou d'un usage constant que des circonstances et de la confiance dont il jouissait personnellement [64]. Ainsi nous lisons que le tribun C. Lætorius (282) menaça le consul Appius Claudius qui troublait l'assemblée des tribus de le faire arrêter, et le consul dut se retirer avec ses licteurs [65]. Lorsque Camille (387) fut nommé dictateur afin d'empêcher qu'on ne votât sur les propositions de Licinius, les tribuns le prévinrent qu'ils le feraient condamner à une amende de 500,000 as, au cas qu'il oserait agir comme dictateur, et Camille résigna ses fonctions [66]. L'impérieux dictateur L. Manlius dut également céder devant les tribuns. Et pour ne plus citer qu'un exemple, un tribun força Appius Claudius l'aveugle de se démettre de la censure en le menaçant de le faire arrêter comme rebelle [67]. Enfin les magistrats romains étaient, dans l'exercice de leurs fonctions, aussi souverains que le peuple dont ils étaient les délégataires, et l'histoire nous prouve que leur pouvoir n'avait d'autres limites que celles qui leur étaient imposées par l'opinion publique et par la responsabilité qu'ils encouraient par leurs actes. Car après leur gestion ils pouvaient être accusés, et il n'est pas sans exemple que le peuple ait ôté le pouvoir aux magistrats qui en abusaient [68]. En outre, l'exécution de leurs décrets pouvait être empêchée

[63] De là *pedarii senatores*. Festus, v. « *Pedarium* senatorem significat... quia tacitus transeundo ad eum cuius sententiam probat, quid sentiat, indicat. - Cf. Aulu-Gelle, III, 18. — Souvent aussi le sénat entier votait de cette manière, comme aujourd'hui par assis et levé. Aulu-Gelle, III, 18. XIV, 7. - *Voy.* aussi Cic., *ad Att.*, XVI, 17.

[64] *Voy.* sur cette matière M. de Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats*. Paris, 1845.

[65] Tite-Live, II, 56.

[66] Tite-Live, VI, 38. VII, 3. - Plutarque, *Camille*, 32.

[67] Tite-Live, IX, 34 *in fine*. — *Voy.* encore ci-après § 28, note 24.

[68] Festus, v. *Abacti* magistratus dicebantur, qui coacti deposuerunt imperium. » *Voy*

par tout autre magistrat qui, ayant un rang égal ou plus élevé, *par majorve potestas*), usait de son droit d'intercession [69].

La plupart des magistrats étaient assistés d'un conseil. Le sénat en tenait lieu pour les consuls quand ils étaient à Rome; en dehors de la ville ils étaient ordinairement accompagnés de quelques sénateurs [70].

On n'obtenait les magistratures que dans un certain ordre qui fut définitivement fixé par Sylla [71]. Des lois particulières, *leges annales*, fixèrent l'âge avant lequel on ne pouvait se porter candidat pour les différentes fonctions publiques [72].

En général les magistrats avaient le droit de forcer l'exécution de leurs ordonnances par des amendes et des ssisies; quelques-uns d'entre eux pouvaient même faire arrêter les citoyens récalcitrants et disposaient à cet effet de licteurs et d'sppariteurs [73]. Le privilége d'être précédé de licteurs était en même temps une distinction honorifique, ainsi que la chaise curule. Les magistrats qui jouissaient de cette dernière s'appelaient curules [74].

On divisait les magistrats en majeurs et mineurs, selon qu'ils avaient ou non les grands auspices [75]. Une autre division est celle en ordinaires et extraordinaires. Les premiers sont ceux qui sont élus à des époques déterminées, ordinairement pour un an [76].

§ 27. *Magistrats ordinaires.*

Parmi les magistrats ordinaires du peuple romain figurent au premier rang les consuls, originairement appelés préteurs, au nombre de deux, élus pour un an [77]. C'est à eux que fut transféré l'ancien pouvoir royal.

aussi ci-après § 29, et note 23 et Tite-Live, XXVII, 21. XXIX, 19. — Le sénat aussi essaya de révoquer des magistrats. Ainsi il destitua Jules César, préteur, et Cœcilus Metellus, tribun de la plèbe; mais le peuple ne tint aucun compte du décret sénatorial, et les deux magistrats continuèrent leurs fonctions comme auparavant. Suétone, *Jules César*, 15.

[69] Cic., *de legibus*, III, 4. - Appien, *de bellis civ.*, I, 12. III, 50.

[70] Salluste, *Jugurtha*, 62. - Cic., *in Verrem*, II, 2, 29; 5, 21. - Tite-Live, XXIX, 20. XXXVIII, 60. - Juvénal, *Satires*, III, 161.

[71] Cic., *Philipp.*, XI, 5. - Appien, *de bellis civ.*, I, 100 sqq. 121.

[72] Cic., *Philipp.*, V, 17. - Cf. Le même, *de leg.*, III, 3. - Tacite, *Annal.*, XI, 22.—Tite-Live, XL, 44, cite la loi Villia (573) comme la première loi annale; mais il paraît qu'il y avait déjà auparavant des dispositions légales à cet égard. Le même, XXV, 2.

[73] Aulu-Gelle, XIII, 12. 13. - Fr. 2, D., *de in jus vocando.* (2, 4). — *Voy.* encore Tite-Live, XXVII, 51. XLIII, 16, et Aulu-Gelle, XI, 1.

[74] Tite-Live, XIII, 23. — *Voy.* Niebuhr, t. II, page 439.

[75] Aulu-Gelle, XIII, 15. Cet auteur ne cite comme *majores* que les consuls, les préteurs, magistrats ordinaires. Il est évident qu'il oublie les magistrats extraordinaires, tels que le dictateur et l'*interrex*.

[76] Les censeurs cependant, quoique étant élus tous les cinq ans, ne conservaient leur pouvoir que pendant dix-huit mois. — *Voy.* le § suivant, n° 3.

[77] *Voy.* ci-dessus § 14, note 39.

A ce titre ils étaient les chefs de l'armée et en général du pouvoir exécutif. L'administration de la justice leur appartenait donc également; mais ils perdirent cette attribution par la création de la préture. Cependant, jusque dans les derniers temps de la république, ils pouvaient intercéder contre les décrets des préteurs et se permettaient même, bien que rarement, d'en empêcher l'exécution [78]. Lorsque les conquêtes de la république se furent étendues hors de l'Italie, les consuls obtenaient après l'année de leur magistrature l'administration d'une province, où ils fonctionnaient comme s'ils étaient encore revêtus du pouvoir consulaire, *pro consule fungebantur* [79].

2° Le préteur était considéré comme le collègue des consuls; dans le principe, il n'en différait pas même par le nom [80]. Ses fonctions consistaient à administrer la justice. L'origine de cette charge remonte au commencement de l'histoire romaine, mais elle n'exista comme magistrature ordinaire et indépendante que depuis l'admission des plébéiens au consulat.

Dans les premiers temps la justice était rendue par le roi, plus tard par les consuls, les décemvirs, les tribuns militaires. Quand ces magistrats étaient obligés de quitter la ville, ils étaient remplacés par le sénateur chargé de maintenir l'ordre dans la ville, *custos urbis, præfectus urbi, prætor urbanus* [81], et dont naturellement l'administration de la justice constituait l'attribution la plus importante. Par la suite, les censeurs remplaçaient les consuls sous ce rapport [82]; enfin lorsque les plébéiens furent admis au consulat, la caste dominante crut agir habilement, en créant à côté des consuls une magistrature analogue, exclusivement accessible aux patriciens, et renfermant les attributions qui auparavant avaient été, le cas échéant, exercées par le préfet de la ville [83]. A partir de cette époque (387) figure comme magistrat ordinaire le *prætor urbanus*, c'est-à-dire le magistrat consulaire, dont le pouvoir est restreint à la ville de

[78] VALÈRE-MAXIME, VII, 7. 6. « ... Appellatus Mamercus a Surdino, cujus libertus Genucium heredem fecerat, prætoriam jurisdictionem abrogavit. » - Cf. TITE-LIVE, XLII, 9. - PLUTARQUE, *Marius*, 38.

[79] *Voy.* ci-après § 38.

[80] TITE-LIVE, III, 55. - AULU GELLE, XIII, 15. — Il n'avait cependant pas autant de licteurs. INCERTUS AUCTOR, *de magistrat. et sacerdot.*, p. 2. - APPIEN, *de reb. syr.*, 15.

[81] TITE-LIVE, III, 33. 41. IV, 31. 36 59. V, 13. VI, 6. - DENYS D'HAL., X, 57. XI, 23. 44. - TACITE, *Ann.*, VI, 10. « ... Antea profectis domo regibus, ac mox magistratibus, ne urbs sine imperio foret, in tempus deligebatur, *qui jus redderet ac subitis mederetur*. » — JOANNES LYDUS, *de magistr.*, I, 38. *Τῷ δὲ εἰκοστῷ τρίτῳ τῶν ὑπάτων ἔτει εἰς τρεῖς μοίρας τὰ τῆς ἀρχῆς διῃρέθη, εἰς τοὺς ὑπάτους, εἰς τὸν τῆς πόλεως ὕπαρχον καὶ τὸν δῆμον. Καὶ οἱ μὲν ὕπατοι διῴκουν τοὺς πολέμους, ὁ δὲ δῆμος ἐστρατεύετο, ὅγε μὴν ὕπαρχος τὴν πόλιν ἐφύλαττε, custos urbis προσαγορευόμενος, ὡσανεὶ φύλαξ τῆς πόλεως...* II, 6. « *Τῷ πολιάρχῳ, ὃν καὶ αὐτὸν ὕπαρχον ὀνομασθῆναι προδεδήλωται, πραίτωρα σύρβανον τὸ πρὶν προσαγορευόμενον.* »

[82] JOANNES LYDUS, *de magistr.*, I, 34.

[83] TITE-LIVE, VI, 42. « ... Concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio; a plebe nobilitati de prætore uno qui jus in urbe diceret, ex patribus creando. » - LE MÊME, VII, 1 - POMPONIUS, Fr. 2, § 27. D., *de orig. juris*, 1. 2.

Rome [84]. A l'aide de ce stratagème, les patriciens réussirent à conserver encore quelque temps le monopole de l'administration de la justice; mais bientôt ils durent céder également sur ce point, et en 418 Q. Publilius Philo fut le premier préteur plébéien [85]. — Le préteur ne jugeait que les contestations qui s'élevaient entre les citoyens romains. L'étranger qui avait des droits à défendre à Rome ne pouvait agir que par l'intermédiaire d'un patron qu'il devait choisir parmi les citoyens. Cet usage devint de plus en plus gênant à mesure que les relations avec les étrangers s'étendirent et se multiplièrent. Pour remédier aux inconvénients qui en résultaient, on établit en 507 un préteur pour rendre la justice aux étrangers et décider leurs contestations avec les citoyens, *prætor peregrinus* [86].

Les conquêtes faites hors de l'Italie rendirent nécessaire la création de nouveaux magistrats afin d'organiser l'administration des pays conquis. Le besoin se présenta d'abord pour la Sicile et la Sardaigne: les magistrats que l'on élut à cet effet (537) reçurent le nom originaire des magistrats romains, *prætores*. En 555 on en créa deux nouveaux pour les deux Espagnes [87]. — Bientôt les préteurs s'habituèrent à rester dans Rome pendant la durée de leurs fonctions et à ne se rendre qu'après l'année de leur magistrature dans les provinces, où ils fonctionnaient dès lors comme s'ils étaient encore revêtus du pouvoir prétorien, *pro prætore fungebantur* [88]. Cet usage fut particulièrement favorisé par l'institution des tribunaux permanents pour certains crimes, *quæstiones perpetuæ*, dont la présidence était ordinairement conférée à un préteur, qui en cette qualité portait le titre d'inquisiteur, *quæsitor, quæstor* [89]. Sylla et César portèrent le nombre des préteurs à dix [90].

Parmi tous ces magistrats, le sort décidait à qui appartiendraient les différents départements [91]. Le premier d'entre eux était toujours le *prætor*

[84] Le titre *prætor urbanus* ne forme donc point, comme on dit quelquefois, antithèse au *prætor peregrinus*.

[85] Tite-Live, VIII, 15.

[86] « Qui inter cives et peregrinos jus dicit. - Qui inter peregrinos jus dicit. » Lex Servilia, c. 6. - Tab. Heracleensis, lin. 8. 11. - Lex de Gallia Cisalpina, c. 20. - Incertus Auctor, *de magistr.*, p. 2. - Fr. 2, § 28. D., *de orig. juris* (1, 2). - Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 38. 5. Ἐπὶ δὲ τοῦ τρίτου καὶ ἑξηκοστοῦ καὶ διακοσιοστοῦ τῶν ὑπάτων ἔτους ἕτερος προεβλήθη πραίτωρ, ὥστε τοῖς ξένοις διαιτᾶν.

[87] Tite-Live, XXIII, 30. XXXII, 27. XL, 44. - Incert. Auctor, *de magistr.*, *l. l.* - Fr. 2. § 32. D., *de orig. juris* (2, 1).

[88] Tite-Live, XXIV, 10. XXVII, 36 XXIX, 13. XXX, 27. XXXIV, 55. — *Voy.* ci-après § 38.

[89] Lex Servilia, c. 7. « Unus quotannis ex prætoribus quæsitoris ex hac lege provinciam sortito. » - Fr. 2, § 32. D., *de orig. juris* 1, 2. - Cic., *Brutus*, 27; *pro Murena*, 28; *pro Cluentio*, 53; *de finibus*, II, 16. - Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 25. « Κυαίστωρ τοίνυν ὁ ζητητὴς ἀπὸ τοῦ *quærere*, οἷον ἐρευνᾷν. » — *Voy.* ci-après § 35.

[90] Suétone, *César*, 41. - Dion Cassius, XLII, 51. - Fr. 2, § 32, D., *de orig. juris* 1. 2.

[91] Cic., *in Verrem*, I, 40. - Tite-Live, XXIII, 30. XXV, 3. XXVII, 36. XXX, 1 et *passim*. - Cf. Le même, XXIV, 9. « Comitiis prætorum perfectis, senatusconsultum factum est, ut

urbanus, dont les fonctions était considérées comme si importantes, qu'il ne lui était pas permis de s'absenter de Rome pendant plus de dix jours [92].

3° Les censeurs devaient être régulièrement élus tous les cinq ans, *lustrum*, pour dix-huit mois [93]. Ils avaient l'administration des domaines et des revenus de l'État, tenaient les rôles des contributions, et établissaient le cens qui servait de base à l'organisation des centuries [94]. Ces fonctions, qui d'abord avaient été exercées par les rois et les consuls, leur assuraient une autorité d'autant plus grande, qu'ils agissaient d'une manière tout à fait arbitraire dans le classement des contribuables [95]. Ils créaient et éliminaient les sénateurs et les chevaliers, et distribuaient les citoyens dans les différentes tribus, puis dans les classes et centuries. Bien plus, ils pouvaient même priver un citoyen de tous ses droits politiques, en le classant parmi les *ærarii* ou en le portant sur les tables des *Cærites* [96].

Leur pouvoir était illimité comme celui de tout autre magistrat dans le cercle de ses attributions. Ainsi, chaque censeur pouvait annuler ce que son prédécesseur avait fait [97]. L'appréciation des faits qui pouvaient motiver une dégradation civique était abandonnée à la conscience du magistrat. L'usage finit cependant par établir des règles plus certaines, qui tendaient surtout à maintenir la pureté des mœurs [98]. C'est ainsi que les censeurs devinrent les juges de la moralité de chaque citoyen, et en cette qualité ils jouissaient d'un respect plus grand que les consuls eux-mêmes, quoique leur pouvoir n'allât jamais jusqu'au droit d'intercéder contre eux [99].

A. Fulvio *extra ordinem* urbana provincia esset; isque potissimus, consulibus ad bellum profectis, Urbi præesset. »

[92] Festus, v. « *Majorem consulem*. ... Prætorem autem majorem urbanum, minores ceteros. » - Cic., *Philipp.*, II, 13; *ad famil.*, XI, 3.

[93] Cic., *de leg.*, III, 3. - Tite-Live, IV, 8. 24. IX, 33. « XVIII mensibus, quod Æmilia lege finitum censuræ spatium temporis erat. »

[94] Cic., *de leg.*, III, 3. - Denys d'Hal., IV, 15. V, 75. - Tite-Live, XLIII, 14. - Aulu Gelle, IV, 3. 20.

[95] Varron, *de l. l.*, IV, 14. « Censor, ad cujus censionem, id est *arbitrium*, censeretur populus. - Tite-Live, IV, 8. — Leur arbitraire n'était limité que par la nécessité de l'accord entre les deux censeurs. Cic., *pro Cluentio*, 43; *de orat.*, II, 64. 66. - Tite-Live, XL, 46. 51. XLII, 10. XLV, 15.

[96] Asconius, *in Cic. div. in Cæc.* 3. « ... Hi prorsus cives sic notabant, ut qui senator esset, ejiceretur senatu; qui equus Romanus, equum publicum perderet; qui plebeius, in tabulas Cæritum referretur et ærarius fieret, ac per hoc non in albo esset centuriæ suæ, sed ad hoc esset civis tantum, ut pro capite suo tributi nomine æra penderet. » Il ne faut pas perdre de vue que l'imposition des *ærarii* était tout à fait arbitraire. Ainsi en 321 les censeurs, tout en reléguant le patricien Mamercus parmi les *ærarii*, lui imposent « octuplicatum censum. » Tite-Live, IV, 24. - *Voy.* encore Tite-Live, XXVII, 11. XL, 51. XLV, 15. - Aulu-Gelle, IV, 12. XVI, 13. - Zonaras, VII, 19.

[97] Cic., *pro Cluentio*, 24.

[98] *Voy.* Niebuhr, t. II, page 449.

[99] Cic., *de legibus*, III, 3. - Tite-Live, IV, 8. - Asconius, in *Cic.*, *div. in Cæcil.*, 3. - Tacite,

4° Les édiles curules, au nombre de deux. Cette magistrature fut créée en même temps que la préture urbaine, et n'était d'abord accessible qu'aux patriciens [100]. Ils étaient chargés de fonctions qui, d'après nos idées, sont du domaine de la police. Ils organisaient les grands jeux, surveillaient les greniers et magasins de la république, les édifices publics, les rues et les marchés, ainsi que les opérations de vente et d'achat qui s'y faisaient [1]. Sous ce dernier rapport, ils exerçaient même une juridiction particulière [2]. En outre ils remplissaient les fonctions de ministère public à l'égard de certains crimes, par exemple de ceux contre la religion, des crimes d'empoisonnement, de sortilége, d'usure, d'outrage à la pudeur publique [3]. Longtemps avant que l'édilité curule fût établie, les plébéiens avaient déjà eu leurs édiles qui étaient les lieutenants des tribuns, et remplissaient à l'égard de la plèbe les mêmes fonctions qui furent plus tard confiées aux autres édiles [4]. Par la suite, ces deux classes d'édiles se confondirent, nous ne savons trop quand ni comment. Cependant les édiles plébéiens ne furent jamais élevés à la dignité de *magistratus populi* et les édiles curules conservèrent toujours un rang plus élevé [5].

5° On appelait questeurs les magistrats chargés de la garde du trésor public. Ce soin incombait originairement aux rois et aux consuls, qui le confiaient, sous leur responsabilité, à des personnes de leur choix [6]. L'extension que prirent les affaires publiques et l'importance de la charge engagèrent la république d'en faire (311) une magistrature indépendante, qui servait de préparation aux autres magistratures plus importantes [7]. Dans le principe, il n'y eut que deux questeurs; le nombre fut doublé

Ann., III, 28; *Hist.*, III, 9. - Plutarque, *Caton l'ancien*, 16; *Paul Émile*, 38. - Val. Max., VIII, 13.

[100] D'après Tite-Live, VI, 42, le sénat avait, après l'adoption des rogations de Licinius, décrété de grands jeux en l'honneur des dieux; les édiles plébéiens refusèrent d'organiser ces jeux; par suite de ce refus « conclamatum est a patriciis juvenibus, se id honoris Deûm immortalium causa libenter acturos, ut ædiles fierent. Quibus cum ab universis gratiæ actæ essent, factum senatusconsultum, ut duo viros ædiles ex Patribus dictator populum rogaret. » *Voy.* Le même, VII, 1 et Pomponius, Fr. 2. § 32. D. *de origine juris*, 1, 2.

[1] Varron, *de l. l.*, IV, 18. « Ædilis qui ædes sacras et privatas procuraret. » — Cic. *de leg.*, III, 3; *in Verrem*, V, 14. - Denys d'Hal., VI, 9. 89. X, 42. - Festus, v. *Ædilis*. - Tabula Heracl., lin. 68 sqq. - Fr. 2, § 21. D. *de orig. juris*, 1, 2. - Titt., D. *de ædilitio edicto*, 21, 1; *de via publica*, 43, 10. - § 1. 1. *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 4, 9.

[2] Fr. 2, § 34, D., *de origine juris*, 1, 2. - Fr. 1, § 1. Fr. 63, D., *de ædil. edicto*, 21, 1.

[3] Cic. *in Verrem*, I, 12. « Hoc mihi sumo, hoc mihi deposco, quod agam in magistratu, quod agam ex loco, ex quo populus romanus ex Kal. Januar. *secum agere de re publica ac de hominibus improbis voluit : hoc munus ædilitatis meæ*...polliceor, » et *passim*.

[4] Tite-Live, III. 55. - Denys d'Hal., VI, 90. - Aulu-Gelle, XVIII, 21. - Dion Cass., LIV, 36. - Zonaras, VII, 15. - Fr. 2. 5. 21. D., *de origine juris* 1, 2.

[5] Cic. *in Verr.*, V, 14. - Plutarque, *Marius*, 5.

[6] Tacite, *Annal.*, XI, 22. Il en était de même du *tribunus celerum* choisi par le roi, du *magister equitum* nommé par le dictateur.

[7] *Voy.* ci-dessus § 18, note 6 et Asconius, *in Cic. divin. in Cæcilium*, 10.

en 335, quand les plébéiens furent admis à ces fonctions [8]. Après la conquête de l'Italie on créa quatre nouveaux questeurs pour l'administration de ce pays. Sylla en porta le nombre à vingt, et César à quarante [9]. Deux seulement de ces questeurs restaient à Rome; les autres administraient les finances dans les provinces, où ils remplissaient en outre les fonctions dont les édiles étaient chargés à Rome [10].

Il ne faut pas confondre ces *questeurs du trésor* avec des magistrats judiciaires, appelés également *quæstores*, c'est-à-dire inquisiteurs [11]. Déjà sous les premiers rois nous trouvons des inquisiteurs particuliers pour deux espèces de crime, la trahison et le parricide, *quæstores seu duumviri perduellionis et parricidii.* Ces fonctions ne formaient pas une magistrature permanente, mais le peuple nommait les questeurs chaque fois qu'un cas se présentait, et les chargeait d'instruire contre l'accusé et même de le juger, sauf le droit de celui-ci d'appeler au peuple de leurs décisions. Sous la république, de pareils inquisiteurs furent parfois nommés pour d'autres crimes [12]. Enfin, après l'institution des tribunaux permanents, *quæstiones perpetuæ,* le préteur qui présidait le tribunal portait également le nom de *quæsitor, quæstor* [13].

§ 28. *Magistrats extraordinaires.*

Parmi les magistrats extraordinaires nous distinguons d'abord le dictateur. Cette magistrature fut créée en 253, à l'exemple des villes latines. D'abord le dictateur fut élu par les curies [14]. Par la suite ce fut le sénat, et plus tard un consul, qui sur la désignation du sénat choisirent le dicta-

[8] Polybe, VI, 39. - Tite-Live, IV, 43.

[9] Tacite, *Annal.*, XI, 22. - Dion Cassius, XLIII, 47. 51.

[10] Gaius, I, 6. « Sed amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem præsides earum habent : item in edictis ædilium curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi romani quæstores habent. » Cf. ci-après §§ 38 et 58.

[11] Joannes Lydus, *de magistratibus populi romani*, I, 27, oppose à ces inquisiteurs les questeurs du trésor sous le nom de *quæstores classici.*—Cf. Varron, *de l.l.*, IV, 14. « Quæstores a quærendo, qui conquirant pecunias et maleficia, quæ triumviri capitales nunc conquirunt : ab his postea qui quæstionum judicia exercent, quæstores dicti. »

[12] *Voy.* ci-après § 35.

[13] *Voy.* ci-dessus la note 80. — Asconius, *in Verrinas*, 1. « *Quæsitor*, prætor de pecuniis repetundis quæstionem exercens ; nam proprie quæsitores dicuntur criminalium quæstionum, ut Virgilius (*Æneis*, VI, 432) : *Quæsitor Minos urnam movet.* » — Cf. ci-après § 35.

[14] Festus, v. « *Optima lex* in magistro populi faciendo, qui vulgo dictator appellatur quam plenissimum posset jus esse, significabatur : ut fuit Manii Valerii, M. F. Volusinæ gentis, qui primus magister a *populo* creatus est. » - Tite-Live, V, 46. « ... Ut a jussu *populi* Camillus dictator exemplo crearetur. »

teur, lequel alors s'adjoignait un *magister equitum*. Le pouvoir conféré au dictateur pour un temps qui ne pouvait excéder six mois était plus grand que celui de tous les autres magistrats; pendant sa gestion, ceux-ci cessaient leurs fonctions, à l'exception toutefois des tribuns [15]. Dans le principe, il n'y avait pas même d'appel de ses décisions; mais les patriciens obtinrent bientôt le droit d'en appeler aux curies, et les tribuns n'hésitaient point d'user envers lui de leur droit d'intercession [16]. Au reste il est assez difficile de se rendre un compte exact de l'étendue du pouvoir dictatorial. Il est probable qu'il était plutôt déterminé par les circonstances que par la loi ou par un usage constant. Car bien qu'ordinairement le dictateur agisse en maître absolu, parfois aussi nous le voyons faiblir et céder devant la courageuse opposition des tribuns. Plus la plèbe conquit de droits, plus le pouvoir du dictateur diminua. Bientôt on n'en choisit plus que dans des occasions insignifiantes; et dès le milieu du sixième siècle, il n'en est plus question. En temps de danger, le sénat étendait le pouvoir des consuls : « *videant, ne quid respublica detrimenti capiat* [17]. » Sylla et César se firent conférer le titre de *dictator perpetuus* [18].

Le sénateur qui pendant la vacance du trône exerçait le pouvoir royal s'appelait interrex. Le nom fut conservé pour désigner celui qui exerçait le pouvoir consulaire quand il n'y avait pas de consuls. Son autorité ne durait que cinq jours; passé ce délai, il devait être remplacé par un autre sénateur. Sa principale charge était de présider les comices pour l'élection des nouveaux consuls. Cette dignité demeura toujours réservée aux patriciens [19].

[15] Polybe, III, 87. - Cic., *de leg.*, III, 3. - Varron, *de l. l.*, V, 82. - Tite-Live, II, 18. VI, 38. VII, 3. - Plutarque, *Camille*, 32. - Festus, vv. *Maximum prætorem. Optima lex.* - Joannes Lydus, *de magistr. pop. rom.*, I, 36. 37. 38.

[16] Festus, v. « *Optima lex.* ... Propter quam vero provocatio ab eo magistratu ad populum dicta est, quæ antea non erat, desitum est adjici : *ut optima lege*, utpote imminuto jure priorum magistrorum. » - Tite-Live, VIII, 33. — *Voy.* aussi les passages de Tite-Live et de Plutarque cités dans la note précédente.

[17] Salluste, *Catilina*, 29. « Itaque, quod plerumque in atroci negotio solet, senatus decrevit, darent operam consules ne quid respublica detrimenti caperet. Ea potestas per senatum more romano magistratui maxima permittitur, exercitum parare, bellum gerere, coercere omnibus modis socios atque cives, domi militiæque summum imperium ac judicium summum habere. Aliter sine populi jussu nullius earum rerum consuli jus est. » - Cic., *in Catil.*, I, 2. - César, *de bello civ.*, I, 5, 7. - Cf. Tite-Live, VI, 19.

[18] Appien, *de bell. civ.*, I, 98-100. II, 48. — Dion Cassius, XLI, 36.

[19] Cic., *de leg.*, III, 3; *de rep.*, II, 13. 21; *pro domo*, 14. - Tite-Live, I, 17. VII, 21. XXII, 33. - Appien, *de bell. civ.*, I, 98.

§ 29. *Des tribuns de la plèbe et de quelques autres magistrats et fonctionnaires.*

Originairement les **tribuns de la plèbe** n'étaient point magistrats, parce qu'ils n'avaient aucune administration et que leur pouvoir ne s'étendait point au delà de la plèbe. Leurs fonctions se bornèrent, dans le principe, à intercéder en faveur de leurs concitoyens et à opposer leur veto aux actes qui leur paraissaient nuisibles. En outre, ils agissaient en juges de paix ou arbitres pour les plébéiens [20]. Bientôt ils obtinrent de pouvoir poursuivre devant les tribus les patriciens qui se seraient rendus coupables d'outrage envers la plèbe [21]. Dans l'exercice de ces fonctions judiciaires, ils étaient assistés des édiles plébéiens. Après la nouvelle organisation des centuries, dans laquelle les tribus formaient la base de division, les tribuns furent considérés comme magistrats de la nation entière, et même les patriciens invoquèrent souvent leur protection. Ils présidaient les comices par tribus et avaient le droit de convoquer le sénat et d'y faire des propositions [22]. Leur veto suffisait pour paralyser tout décret de ce corps ou d'un magistrat quelconque [23]; et quelquefois même ils allaient jusqu'à faire arrêter ceux qui osaient agir contre leurs ordres, sans reculer devant la puissance des consuls, des censeurs ou même du dictateur [24]. Leur inviolabilité les protégeait dans l'exercice de leurs fonctions. De cette manière on peut dire que vers la fin de la république les tribuns étaient de fait les magistrats les plus puissants. Sylla restreignit de beaucoup leurs priviléges; mais Pompée les leur rendit dans leur ancienne étendue [25].

L'élection des tribuns, dont le nombre fut porté en 360 à dix (deux de chaque classe), se faisait dans les comices par tribus sous la présidence d'un tribun désigné par le sort. Les plébéiens seuls étaient éligibles [26];

[20] Denys d'Hal., VII, 58. - Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 38. 44.

[21] Denys d'Hal., IX, 46. - Joannes Lydus, *de mag.*, I. 44. — *Voy* ci dessus § 15, note 74.

[22] Tite-Live, III, 69. IV, 1 sqq. - Aulu-Gelle, XIV, 7. 8. - Zonaras, VII, 15.

[23] Chaque tribun avait ce droit individuellement; il pouvait même en user envers ses collègues. Cic., *de leg.*, III, 10. - Tite-Live, IV, 48. VI, 34. - Denys d'Hal., IX, 1. X, 30. - Zonaras, VII, 15. *Voy.* ci-dessus § 19 note 14. : Cette faculté fournissait au sénat un moyen souvent facile d'empêcher des réformes proposées, puisqu'il suffisait de corrompre un seul tribun pour rendre impossible toute délibération des tribus. Tib. Gracchus, pour paralyser l'opposition de son collègue Octavius, vendu à l'aristocratie, eut recours à une mesure révolutionnaire, en le faisant destituer sur-le-champ par les tribus assemblées. Cic., *de leg.*, III, 10. - Appien, *de bellis civ.*, I, 22. - Vell. Paterc., II, 2. - Plutarque, *Tib. Gracchus*, 11, 12. 15.

[24] Cic., *in Catil.*, 9. 10. 14. - Tite-Live, II, 56. IV, 26. VII, 3. IX, 34 et *passim*.

[25] Tite-Live, *epist.*, LXXI, LXXX. - César, *de bello civ.*, I, 6. - Appien, *de bellis civ.*, I, 6. - Salluste, *Catilina*, 38. - Cic., *de legibus*, III, 2; *in Verrem*, I, 15.

[26] Cic., *de prov. procons.*, 19. - Zonaras, VII, 15. — *Voy.* ci-dessus § 20, note 20.

le collége des tribuns était tenu, sous la peine capitale, de pourvoir au remplacement des tribuns sortants [27].

Outre ces dignités importantes, nous trouvons encore grand nombre de magistratures qu'il suffit ici d'indiquer par leur nom, savoir : les *tribuni ærarii*, receveurs des contributions [28]; les *decemviri litibus judicandis*, juges civils; les *tresviri capitales*, chargés de certaines attributions de la police judiciaire; les *tresviri monetales* [29], et d'autres.

En général, toute autorité publique avait à sa disposition des greffiers, des scribes, des licteurs, des hérauts, des huissiers et d'autres employés qui formaient ordinairement une corporation organisée [30].

CONQUÊTES, AGRANDISSEMENT ET CHUTE DE LA RÉPUBLIQUE.

§ 30. *Droit de guerre* [31]. — *Villes incorporées.* — *Municipes.*

Dans leurs relations extérieures, les Romains montrent le même caractère exclusif qui distingue leur législation civile : ils ne reconnaissent point de droit en dehors de leur État. Ce principe rigoureux est, au reste, appliqué dans toute son étendue et avec réciprocité, et les Romains se considèrent également comme étant sans droits vis-à-vis de tout autre État [32]. Conformément à ces idées, les mots « étranger » et « ennemi » étaient synonymes dans le principe, *hostis*, *hospes* [33]. Le seul moyen pour d'autres peuples de sortir de cet état d'hostilité était de faire des traités avec la république. Nous en trouvons depuis les temps les plus reculés, et le droit

[27] « Qui plebem sine tribunis reliquisset, quique magistratum sine provocatione creasset, tergo atque capite puniretur. » Plébiscite voté sur la proposition du tribun M. Duilius (306). Tite-Live, III, 55.

[28] Varron, *de l. l.*, IV, 36. - Aulu-Gelle, VII, 10. - Ascon., *in Verrin.*, I, 13.

[29] Les juges décemvirs, sur lesquels nous aurons à revenir ci-dessous § 36, note 63 et suiv., les deux *tresviri* que nous venons de mentionner formaient avec six inspecteurs des chemins publics (*IV viri viis in urbe purgandis*, *II viri viis extro propiusve urbem Romam passus mille purgandis.* Tab. Heracl., lin. 50) et quatre *præfecti juri dicundo* que l'on envoyait en Campanie (Festus, v. *præfecturæ*) une catégorie de *magistratus minores*, que l'on comprenait sous le nom de XXVI viri ou XX viri, et qui étaient élus ensemble, probablement dans les comices par tribus. Dion Cassius, LIV, 26. LX, 5. - Tacite, *Annal.*, III, 29. - Fr. 2, § 29. 30. 31. D. *de origine juris*, 1, 2.

[30] Notarii, scribæ, apparitores, lictores, præcones, viatores, accensi. Cic., *in Rullum*, II, 12. - Dion Cass., LXXIV, 4 et *passim*. Nous avons une inscription qui renferme une loi *de scribis et viatoribus*. *Voy.* ci-dessus § 4, nº 7. — En outre, il y avait des esclaves publics à la disposition des magistrats. Aulu-Gelle, XIII, 13 et ci-après t. III, § 414.

[31] On trouve des renseignements détaillés sur le droit international des Romains dans M. Laurent, *Histoire du droit des gens et des relations internationales*. Gand, 1850. Tome III.

[32] Fr. 5, § 2, D. *de captivis*, 49, 15.

[33] Cic., *de off.* I, 12. - Varron, *de l. l.*, V, 3. - Festus, v. *Status dies.*

international fut de bonne heure cultivé et développé par les Romains. Un collége de prêtres appelés *feciales* était spécialement chargé de veiller à l'observation du droit des gens [34].

De ces principes il résulte évidemment qu'en cas de guerre tout ce qui tombait dans les mains des Romains appartenait à la république, hommes et biens [35]. Les hommes, si on leur laissait la vie, devenaient esclaves [36]. Les biens étaient confisqués, les immeubles toujours au profit du domaine public [37], tandis que les meubles, le butin, étaient souvent abandonnés aux soldats [38]. La nation qui voulait éviter ces malheurs devait se soumettre à discrétion, *deditio* [39]. Alors on laissait ordinairement aux anciens propriétaires une partie de leurs biens [40]. Mais l'existence politique du peuple conquis était toujours anéantie [41]. Des otages donnés aux Romains, des garnisons mises dans les forteresses du pays répondaient de la fidélité des malheureux vaincus [42]. On redoublait de rigueur contre un peuple qui, après avoir été soumis, cherchait à se soustraire au joug, *rebellare* [43].

Cependant il n'était pas toujours donné aux Romains d'agir avec tant de hauteur: dans les premiers temps surtout, ils étaient souvent obligés

[34] C'était une institution italique. Tite-Live, I, 24. 32. VIII, 39. IX, 1. - Denys d'Hal., II, 72. - Servius, *ad Virg. Æn.*, VII, 695. X. 14.

[35] Gaius, II, 69. - Fr. 34, D. *de religiosis*, 11, 7. - Fr. 5, § 7, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

[36] C'est même de là que l'on faisait dériver le mot *servus* (de *servare*), § 3. I., *de jure person.*, 1, 3. Souvent, après des guerres opiniâtres, on tuait les chefs qu'on avait faits prisonniers. C'est ainsi que moururent Pontius, le chef des Samnites, et Jugurtha. Tite-Live, VII, 19. XXXI, 27. — César, *de bello gall.*, III, 16. - Cic., *in Verrem*, II, 5. 30.

[37] Cic., *in Rullum*, I, 2. II, 15. 16. 19. 20. II, *passim*. - Appien, *de bellis civ.*, V, 12. - Siculus Flaccus, *de condit. agrorum* (p. 2. 3. ed. Goesius).

[38] Polybe, X, 16. - Tite-Live, IV, 53. V, 22. VI, 4. IX, 31. 37. - Denys d'Hal., IV, 24. VII. 63. - Aulu-Gelle, XVI, 4. - Isidore, *orig.*, V, 7 *in fin.* — *Voy.* ci-après § 184.

[39] Voici la formule de la plus ancienne *deditio*, dont les historiens nous parlent, celle de la ville de Collatinum. Le chef romain demande aux ambassadeurs de la ville : « Deditisne vos, populumque Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia in meam populique Romani ditionem ? » Sur la réponse : « Dedimus, » le chef reprend : « At ego recipio. » Tite-Live, I, 38. - Cf. Le même, VII, 31.—Plus tard nous trouvons d'autres formules moins crues, particulièrement : « *Se suaque* omnia fidei populi Romani permittere ; in fidem P. R. recipi ; in fidem et ditionem P. R. se tradere. » — *Voy.* en général, Polybe, XX, 9. 10. XXXVI, 2. - César, *de bello gall.*, I, 27. 28. 32. II, 3. IV, 21. 22. VIII, 3. - Tite-Live, XXXVI, 28. XXXVII, 45. XLV, 4 et *passim*.

[40] Cic., *in Verrem*, II, 3. 6. - Tite-Live, I, 15. II, 41. VIII, 1. X, 1. XXXVIII, 48. - Denys d'Hal., II, 54. V, 49. - Appien, *de bell. civ.*, V, 4. 5. - Siculus Flaccus, *de cond. agr.* (p. 16 ed. Goes). - Hyginus, *de condit. agrorum* (p. 205 ed. Goes).

[41] « In arbitratu, ditione, potestate populi romani. » Lex Servilia. - Cf. Tite-Live, I, 38. VII, 31. IX, 9. — Tous les *dedititii* n'étaient pas, au reste, soumis à un traitement identique. Tite-Live, XXVI, 33. 34. - Aulu-Gelle, X, 3.

[42] Polybe, XVIII, 20. - Tite-Live, XXVIII, 34. XXX, 42. XXXVII, 32. — Ce traitement s'accorde bien avec la belle devise des Romains : « Parcere subjectis et debellare superbos. » Virgile, *Æn.*, VI, 854.

[43] Tite-Live, II, 16. 17. IV, 31. 34. VIII, 12. 14. XXIII, 37. XLV, 34. - Denys d'Hal., V, 49.

de recourir à d'autres moyens. Ainsi, quelquefois on offrait à un peuple de s'unir à Rome. Dans le principe, pareille union mettait les deux nations sur la même ligne, comme cela eut lieu à l'égard des Sabins et des Étrusques[44]. Mais par suite on se borna à accorder aux habitants des villes incorporées le droit de cité sans suffrage, et même, pendant quelque temps, sans *connubium*. C'est ainsi que se forma la plèbe. Nous trouvons encore d'autres exemples d'une incorporation pareille sous la république[45].

Les mêmes droits pouvaient être accordés à des villes indépendantes. Cela se faisait d'abord quelquefois à titre de récompense, comme à l'égard de la ville de Cære après l'invasion des Gaulois [46]. Ensuite on concluait souvent des traités réciproques, par lesquels les deux villes contractantes accordaient mutuellement à leurs citoyens des droits égaux ou, comme les Grecs s'exprimaient, le droit d'isopolitie. Il en résultait pour les citoyens de l'un des deux États le droit d'acquérir dans le territoire de l'autre, de s'y établir et de jouir, par suite de cet établissement, de tous les droits de citoyen, sauf les restrictions qui pouvaient exister par rapport au droit de suffrage et aux emplois publics. Les villes qui se trouvaient dans un pareil rapport étaient appelées *municipia*[47]. Elles différaient des villes incorporées en ce qu'elles conservaient leur indépendance politique; mais cette différence perdit de plus en plus de son importance, et par la suite le nom de *municipes* est donné à toutes les villes dont les habitants jouissent des droits de citoyen romain[48].

[44] Servius, *ad Virg. Æn.*, VII, 709. « ... Recepti in urbem Sabini sunt, sed hac lege, ut in omnibus essent cives Romani, excepta suffragii latione. » — Plutarque, *Romulus*, 19. — *Voy.* ci-dessus § 8, notes 2 et 3.

[45] Polybe, III. 22. - Tite-Live, VI, 26. 53.

[46] Tite-Live, V, 50. — Les habitants de Cære avaient donc le droit de cité, moins le droit de suffrage. De là vient qu'on disait d'un citoyen privé de ce droit, qu'il avait été porté *in tabulas Cæritum*. Aulu-Gelle, XVI, 13.

[47] L'étymologie du mot est douteuse. Varron, *de l. l.*, V, 16. « Municipes, quia una munus fungi debent. » - Fr. 1, § 1, D., *ad municip.*, 50, 1. « Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitate, ut munera nobiscum faciant. » - Fr 8 *in fin.*, D., *de verb. sign.*, 50. 16. « ... Municipes dici, quod munera civilia capiant. » — *Voy.* au reste, sur la condition des *municipia*, ci-après § 37.

[48] Les différentes acceptions du mot *municipium* sont indiquées dans deux articles de Festus, que nous reproduisons ici : v. « *Municipium* id genus hominum dicitur, qui, cum Romam venissent, neque cives Romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una cum Romanis civibus, præterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo; sicut fuerunt Fundani, Formiani, Cumani, Acerrani, Lanuvini, Tusculani, qui post aliquot annos cives Romani effecti sunt. Alio modo, cum id genus hominum definitur, quorum civitas universa in civitatem Romanam venit; ut Aricini, Cærites, Anagnini. Tertio cum id genus hominum definitur, qui ad civitatem Romanam ita venerunt, uti municipia essent sua cujusque civitatis et coloniæ, ut Tiburtes, Prænestini, Pisani, Urbinates, Nolani, Bononienses, Placentini, Nepesini, Sutrini, Lucenses. » — v. *Municeps*. Item municipes erant qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere, sed tantum muneris partem. At Ser. filius aiebat initio fuisse, qui ea conditione

§ 31. *Traités d'alliance. — Latins. — Alliés. — Guerre sociale. — Droit de cité accordé aux Italiens.*

Les villes indépendantes qui avaient ce droit étaient sans doute toujours alliées de Rome; mais la république concluait aussi des traités d'alliance avec d'autres peuples, *socii*. La condition de ces alliés n'était point uniforme, elle dépendait des stipulations particulières contenues dans les traités. En général, on distinguait les alliés libres, et les fédérés [49]. Souvent le traité contenait une disposition humiliante pour le peuple allié : *majestatem populi Romani colunto* [50]; et il y avait des alliés dont la condition ressemblait tellement à celle des peuples soumis, qu'on se servait d'un terme analogue pour la désigner, *ditio* [51].

Les plus privilégiés parmi les alliés étaient les Latins, *nomen Latinum*. Des traités, qui dataient du temps des rois, leur avaient assuré des droits égaux à ceux des citoyens romains, y compris le *connubium;* ils pouvaient même voter à Rome dans une tribu que le sort désignait, et acquérir sans restriction le droit de cité, en s'y établissant, pourvu qu'ils laissassent un descendant dans leur ville natale. Bien plus, ils devenaient de plein droit citoyens romains, quand ils avaient rempli une magistrature dans leur cité [52]. Les autres alliés d'Italie étaient loin de jouir

cives Romani fuissent, ut semper rempublicam separatim a populo Rom. haberent, Cumanos videlicet, Acerranos, Atellanos, qui æque cives Rom. erant, et in legione merebant, sed dignitates non capiebant. » Ces deux passages ne laissent pas que de présenter des difficultés qui proviennent du défaut d'une base certaine de distinction, et de ce que différentes époques y sont confondues. Mais on peut y découvrir et distinguer les diverses espèces que nous avons signalées depuis la note 44 jusqu'à celle-ci. — Dans un passage devenu célèbre, Aulu-Gelle, XVI, 13, ne considère que le dernier développement des municipes. « Municipes ergo sunt cives Romani legibus suis et suo jure utentes, muneris tantum cum populo participes, a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla alia lege adstricti cum nunquam populus eorum fundus factus esset. » La notice historique qu'il ajoute ne sert guère à éclaircir la question. « Primos autem municipes sine suffragii jure Cærites factos esse accipimus, concessumque illis, ut civitatis Romanæ honorem quidem caperent, sed negotiis tamen atque oneribus vacarent, pro sacris bello gallico receptis custoditisque. »

[49] Cic., *in Verrem*, II, 3, c. 6. - Pline, *H. N.*, III, 3. 4. IV, 31. 32.

[50] Cic., *pro Balbo*, 16. - Fr. 7, § 1, D., *de captivis et postliminio* 49. 15.

[51] Polybe, XX, 9. 10. - Tite-Live, IX, 30. XXVI, 16. 33. XLI, 6.

[52] Les Latins perdirent sans doute ces droits après la bataille de Régille (258), pour les reprendre par suite du traité d'alliance conclu avec Sp. Cassius Viscellinus, 267 de Rome. - Tite-Live, I, 26. IV, 3. - Denys d'Hal., VI, 1. 95. VII, 53. — Après la grande guerre qui finit, en 416, par la soumission des Latins, ces derniers furent sous plusieurs rapports assimilés aux peuples conquis : quelques villes furent incorporées à Rome; d'autres perdirent une grande partie de leur territoire; on leur ôta non-seulement le *connubium* avec Rome, mais on défendit encore les mariages entre habitants de villes différentes; il est même à supposer que, dans le principe, on alla jusqu'à leur refuser le *commercium*. Peu à peu cependant

des mêmes priviléges. Ils étaient, à la vérité, généralement libres dans leur administration intérieure; ils choisissaient leurs magistrats et n'étaient point soumis à la juridiction de Rome. Mais de fait le joug des magistrats romains pesait sur eux, et leur condition devint fort onéreuse par suite des guerres continuelles et des exactions du sénat [53]; au point qu'ils trouvèrent préférable de renoncer au simulacre de nationalité qu'on leur avait laissé, afin de participer aux droits de citoyen romain, dont ils supportaient toutes les charges. Les chefs du parti démocratique [54] à Rome se firent les interprètes de leurs demandes justes, mais leurs efforts échouèrent devant l'opposition constante et obstinée du sénat. Enfin (662) les alliés se soulevèrent et commencèrent une guerre qui faillit amener la ruine de Rome. Le sénat se vit forcé d'accorder le droit de cité d'abord à plusieurs villes pour les maintenir dans la fidélité (*lex Julia de civitate sociis danda*, 662) [55], puis même à celles qu'il avait vaincues après une résistance opiniâtre, *lex Plautia de civitate*, 665 [56]. On créa pour les alliés huit nouvelles tribus qu'on répartit plus tard parmi les trente-cinq déjà existantes [57].

§ 32. *Jus italicum. — Conquêtes hors de l'Italie. — Chute de la république.*

Les habitants de l'Italie entière jouissaient maintenant des droits de citoyen romain [58]. Mais cette contrée avait encore d'autres priviléges très-

on se relâcha de cette rigueur excessive. Déjà, en 417, Lanuvium et plusieurs autres villes reçurent la *civitas*, les unes avec le droit de vote, les autres *sine suffragio* (Tite-Live, VIII, 4), et nous trouvons, au septième siècle, que les Latins jouissent en général du *commercium* et du privilége d'acquérir le droit de cité, soit en s'établissant à Rome, soit à la suite d'une magistrature gérée dans leur ville natale, soit comme récompense pour avoir convaincu judiciairement de concussion un magistrat de Rome. Cic., *in Verrem*, II, 2. 50; *pro Cæcina*, 35. - Cf. Tite-Live, XXIX, 15. 37. - Tite-Live, XXV, 7. XLI, 8. XLIII, 3. - Asconius, *in Pis. fragm.*, 2. - Appien, *de bell. civ.*, II, 26. - Lex Servilia repetundarum, lin. 23. — *Voy.* ci-après §§ 33 et 36.

[53] Aulu-Gelle, X, 3. — On peut lire sur ce sujet un éloquent chapitre dans M. Michelet, *Histoire romaine*, t. III, chap. I.

[54] Fulvius Flaccus vers 629. Appien, *de bell. civ.*, I, 21. 34. — Caius Gracchus en 632. Appien, I, 23. Vellei. Paterc., II, 2. 6. - Plutarque, *C. Gracchus*, 5. 8. — M. Livius Drusus vers 663. Appien, I, 37. Velleius Paterc., VII, 6. 4.

[55] La loi de L. Julius Cæsar, qui s'appliquait à tous les Latins, aux Ombriens et aux Étrusques, ne donna pas, à proprement parler, le droit de cité à ces peuples, mais elle leur accorda la faculté de l'acquérir par une simple déclaration, à faire par eux, de vouloir adopter le droit civil de Rome. C'est ce qu'on appelait *fundus fieri*. Cic., *pro Balbo*, 8. - Appien, *de bell. civ.*, I, 35. 49. 68. - Cf. Tite-Live, *Epit.*, LXXI. LXXX. - Vell. Paterc., II, 14 sqq. - Florus, III, 17. 18. - Aulu-Gelle, V, 4. - Festus, v. *Fundus*.

[56] Ce plébiscite est également appelé *lex Plautia Papiria* ou *lex Silvani et Carbonis*, des deux tribuns, M. Plautius Silanus et C. Papirius Carbo, qui la proposèrent. Cic., *pro Archia*, 4.

[57] Vell. Paterc., II, 20. - Appien, *de bell. civ.*, I, 59. 64. 67.

[58] Les habitants de la Gaule cispadane obtinrent le droit de cité, peut-être déjà en 665, ceux de la Gaule transpadane en 705. Quelques années plus tard (709), Jules César régla

importants. Le principe d'après lequel tout territoire conquis appartenait à la république ne fut jamais appliqué dans toute sa rigueur aux villes italiques. Abstraction faite des terres que le sénat confisquait au profit du domaine public, on laissait aux propriétaires leurs biens, et on leur accordait la même protection qu'aux citoyens de Rome. Le territoire d'Italie avait le privilége de la propriété romaine, *dominium ex jure Quiritium*. Il n'en fut point de même des autres contrées que les Romains soumirent par la suite. Les terres y étaient considérées comme appartenant à la république; et bien qu'on laissât ordinairement aux détenteurs les fonds qu'ils cultivaient, on ne leur en attribuait cependant point la propriété, mais seulement la possession et un droit d'usage [59]. Une conséquence naturelle de cette manière de voir était d'imposer aux détenteurs une redevance pour l'usage que la république leur accordait. C'est là l'origine de l'impôt foncier dont les provinces étaient grevées, et dont l'Italie est restée exempte jusqu'au troisième siècle de l'ère chrétienne [60]. Avoir un territoire jouissant du privilége de la propriété romaine, et exempt de l'impôt foncier, constituait donc le droit particulier de l'Italie, *jus italicum*. Ce droit fut aussi, sous les empereurs, accordé à d'autres villes situées hors d'Italie, *civitates, coloniæ juris italici* [61].

Dans les pays qui furent conquis après l'Italie, on n'usa point de ces

l'administration des villes municipales par une loi générale, qui parait avoir été désignée par le nom de *lex Julia municipalis* et dont la TABULA HERACLENSIS est peut-être un exemplaire. Cf. CIC., *ad fam.*, VI, 18; *ad Att.*, II, 3. - Tit., D., *ad municipalem*, 351. — *Voy.* M. DE SAVIGNY dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. IX, nº XI.

[59] Nous nous réservons de traiter ultérieurement cette question, quand nous nous occuperons du droit de propriété. Ici il suffit de citer GAIUS, II, 7. « ... Quia in (provinciali solo) dominium populi Romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur. »

[60] SICULUS FLACCUS, *de condit. agror.* (ed. Goes., p. 2 in f.,) : « Nam sunt populi Romani quorum vectigal ad ærarium pertinet. » — AGGENUS URB. *in Frontin.* (ed. Goes., p. 46 in f.) « AGER PER STRIGAS ET PER SCAMNA DIVISUS ET ASSIGNATUS EST MORE ANTIQUO IN HAC SIMILITUDINE, QUA IN PROVINCIIS ARVA PUBLICA COLUNTUR... Nam ideo publica hoc loco eum dixisse æstimo, quod omnes etiam privati agri tributa atque vectigalia persolvant. » — LE MÊME (SIMPLICIUS), p. 76 : « Habent autem provinciæ... possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et præstandi tributa conditio concessa est. » D'après cela, il est tout naturel que le mot *ager vectigalis* serve indistinctement pour désigner les immeubles donnés à bail moyennant une rente, et les immeubles des provinces soumis à l'impôt foncier, c'est-à-dire à une rente en faveur de l'État. *Voy.* ci-après §§ 232 et suivants. Ce qui prouve à toute évidence que le *vectigal* n'est autre chose qu'une redevance payée au propriétaire par le non-propriétaire jouissant, c'est que même dans les provinces les propriétaires auxquels on avait expressément et nominativement rendu leurs terres ne payaient point de *vectigal*. HYGINUS, *de condit. agrorum*, ed. Goes., p. 205, après avoir dit que par suite de la conquête les fonds sont ordinairement *vectigalibus subjecti*, continue : « In quo tamen genere agrorum sunt aliquibus *nominatim* redditæ possessiones... Hi agri qui redditi sunt, *non* obligantur vectigalibus, quoniam scilicet *prioribus dominis redditi sunt.* »

[61] Autrefois on croyait généralement que le *jus italicum* avait été un droit *personnel*, formant un degré intermédiaire entre la latinité et la qualité de *peregrinus* (*voy.* le § suiv.). Mais M. DE SAVIGNY a prouvé d'une manière irrésistible qu'il n'en est rien, et que le *jus ita-*

ménagements. Ils étaient entièrement soumis à l'arbitraire du peuple, du sénat et des magistrats auxquels on en confiait l'administration[62]. Et ce furent principalement les déprédations qu'on y commettait qui favorisèrent l'accumulation des richesses dans les mains des gouvernants, « tandis que la misère du peuple augmenta de plus en plus par suite du service militaire, des famines et de l'usure[63]. Le sénat et la noblesse formaient une faction dont le consulat ne sortait point[64], et dont le pouvoir était soutenu par l'influence qu'ils exerçaient sur les alliés d'Italie[65], et sur les chevaliers qui avaient tout à craindre et tout à espérer du sénat[66]. Les lois que les deux Gracques proposèrent pour remédier à ces abus ne servirent qu'à les perdre. Ce ne fut que lors de la guerre contre Jugurtha que l'orgueil de la noblesse fut brisé par le tribun C. Mamilius Limetanus, qui demanda une enquête sévère contre les chefs qui s'étaient laissé corrompre[67], et par l'avénement au consulat du parvenu C. Marius[68]. Forts de l'appui de ce dernier, plusieurs tribuns, particulièrement L. Apuleius Saturninus (654), essayèrent de rabaisser le sénat et par la force et par la loi. Après la mort de ce dernier, la noblesse eut de nouveau le dessus, et le tribun M. Livius Drusus (663) paya de sa vie l'essai qu'il fit du rôle de conciliateur. Mais P. Sulpicius Rufus renouvela les agitations tribunitiennes (664), jusqu'à ce que le consul Sylla, à la tête de son armée, marcha contre Rome, renversa les lois existantes et rétablit l'autorité du sénat par des institutions nouvelles. Ce fut la première fois qu'un chef militaire, s'appuyant sur le dévouement de ses légions, essaya de les employer dans son intérêt personnel. Ces événements introduisirent dans l'État un pouvoir nouveau, source des guerres civiles et cause de la chute de la république. Sylla continua d'agir dans le même sens après qu'il se fut fait nommer dictateur pour un temps indéterminé (671)[69]. Après sa mort, Pompée rendit au peuple ses droits. Les tribuns C. Cornelius (685), P. Clodius (694) et d'autres excitèrent de nouvelles agitations et provoquèrent de nouveaux changements[70]. Pendant ces troubles, plusieurs hommes influents, à l'aide

licum est uniquement un droit accordé *à un territoire*, lequel se manifeste de deux manières : 1° parce que le territoire a le privilége de la propriété romaine, 2° parce qu'il est exempt d'impôt : « per Italiam ubi nullus agrorum tributarius. » AGGENUS (SIMPLIC.), ed. Goes., p. 76. Encore cette seconde manifestation n'est-elle, comme nous l'avons établi dans la note précédente, qu'une conséquence directe et inévitable de la première. *Voy.* encore ci-après § 38.

[62] *Voy.* ci-après § 38, *De l'administration des provinces.*

[63] SALLUSTE, *Jugurtha*, 31. 41.

[64] IDEM, 63.

[65] IDEM, 40. 42.

[66] IDEM, 42.

[67] IDEM, 5. 40. 65. - CIC., *Brutus*, 33. 34.

[68] SALLUSTE, *Jugurtha*, 73. 85.

[69] APPIEN, *de bellis civ.*, I, 98-100.

[70] SALLUSTE, *Catilina*, 38.

de leurs liaisons et de leurs richesses, au moyen de la faveur populaire et de l'appui des soldats, s'étaient élevés à une haute puissance[71]. Les dissensions qui ne tardèrent pas à éclater parmi eux finirent par le triomphe de Jules César, lequel, après avoir été revêtu de presque toutes les magistratures pour un temps plus ou moins long, fut enfin nommé dictateur à perpétuité (709)[72]. Après sa mort, la dictature fut abolie; mais il se forma sous le nom de « triumvirat pour la constitution de la république » une autorité nouvelle d'où sortit enfin (721), la monarchie d'Octave Auguste[73].

ÉTAT DES PERSONNES.

§ 33.

Dans le principe, les Romains ne distinguaient que citoyens et étrangers *cives* et *peregrini*, ces derniers sans aucun droit civil[74]. Par la suite, il se forma une classe intermédiaire de personnes auxquelles on avait accordé certains droits civils et qu'on désignait par le nom de *Latins*.

Le droit de cité, *civitas*[75], dans toute son étendue, embrassait des droits politiques et des droits civils. Sous le premier rapport il comprenait particulièrement le droit de voter dans les comices et la capacité de remplir une magistrature, *jus suffragii et honorum*[76]. Ce ne sont cependant pas les droits politiques qui constituent l'essence du droit de cité : les habitants

[71] Salluste, *Catilina*, 39. - Cic., *pro Sextio*, 65. 66. - Dion Cassius, XXXVII, 56. 57.

[72] Appian, *de bellis civ.*, II, 48. 106. - Plutarque, *César*, 51. - Suétone, *César*, 76. - Dion Cassius, XLI, 36. XLII, 20. XLIII, 14. 45. XLIV, 5. 8.

[73] Appian, *de bellis civ.*, III, 25. IV. 2. 7. - Plutarque, *Antoine*, 8. - Dion Cassius, XLVI, 55. 56. XLVII, 2. XLVIII, 54. — La dernière partie du §, à partir de la note 63, est textuellement traduite d'après M. Walter, *Geschichte des Römischen Rechts*, §§ 233 et suivants.

[74] Aussi comprenait-on anciennement les Latins sous la dénomination de *peregrini*. Cette terminologie se trouve encore dans la loi *Mensia* dont parlent Gaius, I, 78. 79, et Ulpian, V, 8. — *Voy.*, au reste, ci-après les notes 82 et suivantes.

[75] Le droit de cité est également appelé *jus Quiritium*. Plusieurs auteurs cependant ont voulu trouver une différence entre ces deux termes, en se fondant sur quelques passages de Pline le jeune, particulièrement *Epist.*, X, 4. 6. 22. 23. 105. 108. Les uns ont cru que le *jus Quiritium* avait contenu plus de droits que la *civitas*; d'autres ont été d'un avis diamétralement opposé. Grævius, *Thes.*, I, p. 16 et seqq. - Heineccius, *Antiq.*, I, App., c. 1, § 23. D'après une hypothèse récente les Romains se seraient servis du mot *jus Quiritium* pour désigner la différence de droits qu'il y a entre le *jus Latii* et la *civitas* (Ulpian, tit. III); mais cette opinion, dépourvue d'ailleurs de toute vraisemblance, est inadmissible en présence de deux passages de Pline l'ancien *H. N.*, V, 5. XXIX, 6, dans lesquels ce terme est employé à propos d'un *peregrinus* qui obtient le droit de cité.

[76] Ce sont là les principales manifestations du droit de cité sous le rapport politique. Il serait fastidieux et peu utile d'énumérer les autres privilèges dont jouissaient les citoyens, par exemple, de n'être pas soumis à certains genres de peines. Cic., *in Verrem*, I, 3. II, 5. 52-55. 57. 62. 63. 65. 66. - Pline, *H. N.* VII, 44. — *Voy. Actes des apôtres*, ch. 16, v. 37. - Fr. 7. Fr. 8. §§ 2. 3. D. *de pœnis*, 48, 19 et *passim*.

des municipes étaient citoyens sans avoir le droit de voter; et à Rome même, les *ærarii* et ceux qui étaient portés sur les tables des Cærites n'en jouissaient pas [77]. Ce qui distingue essentiellement le citoyen romain, ce sont les droits civils, savoir le *connubium* et le *commercium* [78]. Ces deux points embrassent toutes les opérations de la vie civile. En vertu du *connubium* le citoyen peut contracter un mariage valable d'après le *jus civile, justæ nuptiæ,* et acquérir les droits qui en résultent, particulièrement la puissance paternelle et le droit de parenté civile, *agnatio,* nécessaire pour pouvoir succéder dans les biens d'une personne qui meurt sans laisser de testament [79]. En vertu du *commercium*, il peut acquérir la propriété romaine, *dominium,* et faire tous les actes qui s'y rapportent, particulièrement la transférer à un autre, disposer de ses biens entre-vifs et à cause de mort, et recueillir ce qui lui a été laissé par testament [80]. Par suite, enfin, il peut invoquer dans toute son étendue la protection que les lois des Quirites accordent aux droits acquis, spécialement celle des tribunaux de Rome [81].

Les étrangers, *peregrini,* n'avaient ni droits politiques ni droits civils [82]. Ils ne pouvaient point acquérir de droits d'après le *jus civile,* ni invoquer la protection qu'il assurait aux citoyens. On ne leur refusait pas, à la vérité, celle qui paraît être due à tous les hommes, abstraction faite de la législation particulière d'un État, et qu'on croyait être fondée sur l'équité natu-

[77] *Voy.* ci-dessus § 30, note 16.

[78] *Voy.* en général M. de Savigny, *System des Röm. Rechts,* t. II, p. 38 et suiv. - Cf. ci-après §§ 80. 98.

[79] Sénèque, *Benef.*, IV, 35. « Peregrinus appsruisti, non est mihi cum extraneo connubium... » — Ulpian. V, 4. « Connubium habent cives romani cum civibus romanis : cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit » (ci-après note 86). — Gaius, I, 56. « Habent autem in potestate liberos cives romani, si cives romanas uxores duxerint, vel etiam latinas peregrinasve cum quibus connubium habeant ; cum enim connubium id efficiat, ut liberi patris conditionem sequantur, evenit ut non [solum] cives romani fiant, sed in potestate patris sint. » - Id. I, 55. « In potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus ; quod jus proprium civium romanorum est... » — Ulpian, XXVI, 1. « Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est, liberos qui in potestate sunt...; si sui heredes non sunt... ad reliquos adgnatos proximos, id est, cognatos.... per mares descendentes, ejusdem familiæ, etc., etc. » — *Voy.* pour les détails ci-après § 102 et tome III, §§ 384. 407 sqq. 410 sqq. 441.

[80] Ulpian, XIX, 4. « Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios, latinosque Junianos, eosque peregrinos quibus commercium datum est, » 5. « Commercium est emendi vendendique invicem jus. » — Cic., *ad fam.*, VII, 2. « Negare... tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is qui factionem testamenti non haberet. » - Ulpien, XX, 14 « ... Nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus. » - Fr. 7, § 3, D., *de interdictis et relegatis* (48, 22). « ... Et civitatem romanam retinet et testamenti factionem non amittit. » - Gaius, II, 218. « ... Cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit... » - Ulpien, XXII, 1. 2. — *Voy.* pour les détails ci-après §§ 178. 179. T. II, §§ 327. 329. T. III, §§ 445. 464. 492. 498.

[81] *Voy.* ci-après §§ 129 et suivants.

[82] Ce nom comprend aussi bien les sujets romains dans les provinces que les étrangers qui n'ont aucune relation avec la république.

relle, *jus gentium*[83]. Leurs mariages étaient considérés comme valables; mais ils ne produisaient pas les effets du mariage romain. Les Romains ne leur déniaient point l'exercice du pouvoir que l'homme peut avoir sur les objets matériels et que nous appelons propriété, *dominium;* mais cette propriété des étrangers ne jouissait que d'une protection relative et qui était loin d'être aussi efficace que celle accordée au *dominium* du citoyen romain. Ils étaient capables de contracter des obligations; rien ne s'opposait à ce que, d'après le droit en usage chez eux, ils succédassent dans les biens de leurs proches décédés intestat, ou d'une personne quelconque qui avait fait un testament en leur faveur; mais ils ne pouvaient point, à l'égard de ces manifestations de droit, se prévaloir des dispositions de la loi romaine ni invoquer la protection absolue et efficace offerte et garantie par le *jus Quiritium*[84]. Dans le principe, l'étranger ne pouvait même obtenir aucune protection à Rome, s'il ne s'était mis sous le patronage d'un citoyen. Mais à mesure que les relations avec les nations étrangères s'étendirent, et que les idées romaines perdirent de leur rigueur, les bornes du *jus gentium* furent reculées, et vers la fin du cinquième siècle nous trouvons une autorité judiciaire spécialement chargée de rendre la justice aux étrangers (§ 27, note 65). Toutefois, cette protection était loin d'être aussi étendue que celle accordée aux citoyens[85], auxquels était toujours exclusivement réservée la jouissance du *connubium* et du *commercium*.

Telle était la condition générale des *peregrini*. On accordait bien parfois à des étrangers le *connubium* ou le *commercium*[86]; mais ces octrois

[83] Gaius. III, 93. « ... Ceteræ (verborum obligationes) vero juris gentium sunt; itaque inter omnes homines, cives romanos sive peregrinos, valent. » 132. « Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis juris gentium est. » — F. 17, § 1, D., *de pœnis*, 48, 19. « Item quidem ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate :... ut ea quidem, quæ juris civilis sunt, non habeant; quæ vero juris gentium sunt, habeant. »

[84] Les détails avec les preuves seront donnés quand nous nous occuperons du développement historique des différentes institutions du droit privé. Ici il suffit de quelques indications générales : A) *Mariage*. Le mariage *juris gentium*, quoique n'étant pas *justæ nuptiæ*, était cependant un mariage valable. La violation de la fidélité conjugale était considérée comme adultère (Fr. 13, §§ 1. 4, D., *de adult.*, 48, 5); les enfants issus d'un pareil mariage n'étaient point naturels, et la règle « pater est quem nuptiæ demonstrant » s'y appliquait également. — *Voy*. Fr. 5. D. *de in jus vocando*, 2. 4; Fr. 1, § 2, D., *ad municip.*, 50. 1, et surtout les passages des auteurs qui parlent de l'acquisition de la *civitas* et de la puissance paternelle par *erroris causa probatio*. Gaius, I, 68. - Ulpien, VII, 4.—*Voy*. ci-après, § 98, et tome III, §§ 384. 407. 408. B) *Propriété*. *Voy*. § 32, note 28; § 38, note 13, et ci-après, § 179. - C) *Obligations*. *Voy*. la note précédente, et tome II, §§ 277. 329. - D) *Succession héréditaire*. Ulpien, XX, 14. « ... Testamentum facere non potest... is qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est, *ut adversus leges suæ civitatis suæ testetur*. » — *Voy*. pour les détails tome III, §§ 445. 464. 493. 498.

[85] *Voy*. ci-après §§ 89. 129. 140. 179.

[86] *Voy*. les passages de Gaius et Ulpien cités dans les notes 79, 80, et ci-après t. III, § 386.

étaient des mesures exceptionnelles et ne constituaient que des priviléges en dehors du droit commun, jusqu'à ce que vers la fin de la république on créa sous le nom de *jus Latii* une institution permanente qui constituait un état intermédiaire entre les citoyens et les étrangers, important le *commercium* sans jouissance des droits qui découlent du *connubium*.

Les anciens Latins, nous l'avons vu ci-dessus, avaient eu le droit d'isopolitie. Après la grande guerre latine en 416, ils furent, sauf les exceptions que la république trouva convenable de faire, assimilés aux peuples vaincus et n'eurent, dans les premiers temps, probablement ni *connubium*, ni *commercium*. Peu à peu cependant les Romains se relâchèrent de cette rigueur : quelques villes furent reçues dans la cité, et il paraît que les cités les moins favorisées recouvrèrent le *commercium* et le privilége qui avait autrefois déjà appartenu aux Latins et qui consistait à pouvoir acquérir le droit de cité par suite d'une magistrature gérée dans leur ville natale ou en s'établissant à Rome sous certaines conditions [87]. Abstraction faite de ce privilége particulier, la jouissance du *commercium* constituait donc le caractère distinctif des villes latines, auxquelles le droit de cité n'avait pas été accordé, et spécialement des colonies latines [88]. Lorsque, par suite des lois *Julia et Plautia de civitate*, tous les habitants du Latium étaient devenus citoyens, cette condition intermédiaire n'aurait donc plus appartenu qu'aux seules colonies latines; mais déjà en 663 [89] on en avait également gratifié la Gaule transpadane que l'on voulait favoriser sans aller jusqu'à l'octroi du droit de cité [90]. Cette contrée obtint, à la vérité, bientôt également cette dernière faveur ; mais le *jus Latii* fut par la suite accordé

[87] *Voy.* ci-dessus § 31, note 52.

[88] Cela n'est dit nulle part d'une manière formelle pour cette époque, mais résulte évidemment de tous les renseignements que nous avons sur les Latins. On ne saurait, en effet, admettre que le *commercium* ait fait défaut à des villes, dont les habitants pouvaient si facilement obtenir le droit de cité. Il est d'ailleurs certain qu'il y avait entre les habitants des villes latines et les Romains des rapports d'affaires, qui font supposer l'existence de ce droit (Cf. Tite-Live, XLI, 8.), sans parler de ce que le privilège du sol italique aurait été de peu d'importance pour des personnes sans *commercium*. Aussi, Cic., *pro Cæcina*, 35, nous dit-il que les habitants d'Ariminum et ceux de onze autres colonies latines avaient le droit de *capere hereditates a civibus romanis*, ce qui implique nécessairement la jouissance du *commercium*. Enfin, il est constant que la jouissance du *commercium* constituait l'élément essentiel du *jus Latii* artificiel, dont il sera parlé ci-après, et il est impossible d'expliquer cette particularité, à moins d'admettre qu'il en a été de même du droit des Latins originaires. — *Voy.* aussi les textes cités ci-après à la note 92.

[89] En 582, on avait, au reste, déjà accordé comme faveur le *jus Latii* artificiel, en permettant à des enfants issus du commerce de soldats romains et de femmes espagnoles, par conséquent à des *peregrini*, de fonder une *colonie latine*. Tite-Live, XLIII, 3.

[90] Asconius, *in Pisonem*, c. 1. « ... Cn. Pompeius Strabo, pater Cn. Pompeii Magni, Transpadanas colonias deduxerat. Pompeius enim non novis colonis eas constituit, sed veteribus incolis manentibus jus dedit Latii, ut possent habere jus, quod ceteræ Latinæ coloniæ, id est, ut gerendo magistratus civitatem romanam adipiscerentur. »

à différentes villes et même à des pays entiers [91], et dès lors les termes *Latinus*, *jus Latii*, ont perdu, comme le mot *jus italicum*, toute signification ethnographique ou locale, et servent à désigner une création artificielle conférant à ceux qui en jouissent le *commercium* et de grandes facilités pour acquérir le droit de cité [92].

En général, c'était par la naissance qu'on acquérait la qualité de citoyen, de Latin ou d'étranger. Le peuple ou le sénat pouvait également conférer le *jus Latii* ou le droit de cité [93]. C'était même un moyen assez usité de se faire un parti dans une ville que d'accorder la qualité de citoyen romain à des hommes influents. Des peuples prudents avaient soin de prendre des précautions contre cette faveur dangereuse, et de stipuler expressément dans les traités d'alliance qu'il ne serait pas permis de l'accorder [94]. D'après un principe qui fut invariablement suivi du temps de la république, les esclaves valablement affranchis devenaient de plein droit citoyens romains [95]. Les Latins acquéraient la même qualité, également de plein droit, de différentes manières [96].

ADMINISTRATION DE LA RÉPUBLIQUE.

§ 34. *Des finances et du domaine public.*

Il parait que dans le principe les finances du *populus* étaient séparées de celles de la plèbe, ou du moins que les patriciens avaient une caisse particulière, *publicum*, distincte du trésor de l'État, *ærarium* [97]. Par la suite, il n'est plus question que de ce dernier.

[91] Par ex., à la Sicile par Jules César. Cic., *ad Att.*, XIV, 12, où se trouve le mot *Latinitas*. — *Voy.* au reste ci-après § 54.

[92] Ulpien, XIX, 4. « Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios, Latinosque Junianos, eosque Peregrinos, quibus commercium datum est. » - Le même : « Latinus habet quidem testamenti factionem. - Asconius, *in Pisonem*, cité à la note 90. - Appien, *de bellis civ.*, II, 26. « Πόλιν δὲ Νεόκωμον ὁ Καῖσαρ ἐς Λατίου δίκαιον ἐπὶ τῶν Ἄλπεων ᾤκιζε· ὧν ὅσοι κατ' ἔτος ἦρχον, ἐγίγνοντο Ῥωμαίων πολῖται. Cf. Ulpien, III, 1, ci-après note 96.

[93] Soit à des villes entières, soit à des individus. *Voy.* ci-dessus § 30, et Tite-Live, III, 29. VIII, 11. - Dion Cassius, XLVIII, 32. - Josephus, *Antiq. jud.*, XIV, 10. 11. 19. — Vers la fin de la république, Marius, Sylla, Crassus, Pompée et surtout les derniers triumvirs usurpèrent ce droit. Cic., *pro Balbo*, 8. 14; *Philipp.*, II, 36. V, 4. III, 8. - Dion Cassius, XLV, 25.

[94] Cic., *pro Balbo*, 14. - Valère-Maxime, V, 2. 8.

[95] *Voy.* ci-après § 53, et tome III, § 416.

[96] Particulièrement par des fonctions publiques exercées dans leur ville. Ulpien, III, énumère encore différentes autres manières; mais il n'est guère probable que ces dispositions s'appliquent déjà à notre époque. « Latini jus Quiritium consequuntur his modis : beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædificio, pistrino; præterea ex senatusconsulto, vulgo quæsitum ter enixa, etc. »

[97] Niebuhr, t. II, note 386.

La source principale des revenus publics fut pendant longtemps la contribution personnelle répartie d'après le cens, *tributum*. Les personnes qui n'étaient point inscrites dans une tribu étaient soumises à une imposition arbitraire, *ærarii*, ainsi que les célibataires, les veuves et les orphelins[98]. Après la conquête de la Macédoine (585), l'impôt personnel fut aboli. Cet état de choses dura jusqu'en 711 [99].

La république recevait en outre le produit des douanes, des mines, des salines, etc., qui était ordinairement donné à ferme à des particuliers, *publicani* [100].

Le trésor s'enrichissait encore des conquêtes, du butin fait à la guerre et des tributs imposés aux peuples vaincus [1].

Enfin, une source importante de revenus était le loyer des terres affermés par le sénat [2] et la rente que les possesseurs du domaine public, *ager publicus*, payaient en proportion de l'usage qu'ils en faisaient [3]. L'occupation du domaine public, qui de tout temps avait été un sujet de discorde entre les plébéiens et les *patres*, ne cessa pas de susciter les plus grands troubles, même après l'admission des plébéiens aux magistratures. Les *optimates*, qui, comme membres du sénat, présidaient à la distribution des terres, ne changèrent rien à l'ancien mode d'occupation, et la masse du peuple resta toujours exclue du partage (§§ 11. 19. 21). Encore les possesseurs avaient-ils souvent réussi à se libérer de la contribution qu'ils devaient, et à changer ainsi de fait en propriété privée ce qui appartenait à la chose publique. Plusieurs lois furent portées, qui avaient pour but de modifier cet état de choses et de déterminer d'une manière équitable la jouissance des propriétés nationales; mais toujours la persévérance des dominants finit par vaincre la force inerte des opprimés. La plus célèbre parmi ces lois agraires, et en même temps celle qui servit de modèle à la

[98] Le produit de cette imposition, qui frappait les personnes incapables du service militaire, était particulièrement destiné à la paye des soldats (*æs militare*) et à l'entretien des chevaux de l'armée (*æs hordiarium*). - *Voy.* Niebuhr, t. I, p. 489 et suiv., et Denys d'Hal., IX, 25. - Tite-Live, III, 3. — Varron, *de l. l.*, IV, 36 (p. 30, ed. Gothofr.). - Gaius, IV, 27. - Festus, v. *Hordiarium vectigal.* — Il est à remarquer que le mot « *vidua* » ne comprend pas seulement les veuves, mais toute femme non mariée. Fr. 242, § 3, D., *de verbor. signif.*, 50. 16.—Sur le pouvoir arbitraire des censeurs relativement à la capitation, *voy.* ci-dessus § 27.

[99] Cic. *de off.*, II, 22. - Pline, *H. N.*, XXXIII, 17. - Plutarque, *Paul Emile*, 38.

[100] Polybe, VI, 17. - Tite-Live, II, 9. IV, 8. XXIX, 37. XXXII, 7. XXXIX, 44. - Zonaras VII, 19.

[1] *Voy.* ci-dessus §§ 30. 32, et ci-après § 38.

[2] Ce mode d'exploitation des domaines de l'État ne paraît guère avoir été usité avant le sixième siècle. D'ordinaire le sénat affermait en bloc de grandes étendues que des spéculateurs prenaient à ferme et louaient en petites fractions aux particuliers. C'est pourquoi l'opération du sénat est représentée tantôt comme un bail à ferme, tantôt comme une vente de revenu ou du droit de percevoir le *vectigal*. Hyginus, *de condit. agrorum*. (p. 205, ed. Goes). - Festus, v. *Venditiones.* — *Voy.* M. Walter, *Geschichte des röm. Rechts*, § 166.

[3] *Voy.* § 11, note 23. Cette rente était appelée *decima* pour les champs cultivés et *scriptura* pour les pâturages publics. Varron, *de re rust.* II, 1. - Festus, v. *Scripturarius ager*.

plupart des autres, fut celle proposée par les tribuns C. Licinius et L. Sextius (378), les mêmes qui conquirent à la plèbe le droit d'être admise au consulat. Cette loi avait d'abord pour but de prévenir que les possesseurs ne parvinssent à faire considérer comme leur propriété privée les parties du domaine public qu'ils avaient occupées; puis elle attribuait à tout citoyen le droit de prendre part à l'occupation de l'*ager publicus*, et pour lui garantir l'exercice de ce droit, elle défendit qu'aucun citoyen n'en eût plus de 500 arpents, *jugera*, et n'y envoyât paitre plus de 100 têtes de bétail. Elle fixa aussi la quotité de la redevance à payer pour cette jouissance, savoir : 1/10 du produit des champs et 1/5 des vergers et des vignes, et une somme déterminée pour chaque tête de bétail envoyée dans les pâturages publics. Une autre disposition, ayant pour objet de restreindre les occupations immodérées, était celle qui prescrivait au possesseur de n'employer qu'un certain nombre d'esclaves et de faire cultiver l'excédant des terres par des hommes libres [4].

La loi de Licinius tomba bientôt en désuétude. Les Gracques la renouvelèrent (621 et 631) et payèrent de leur vie les généreux efforts qu'ils firent pour relever leurs concitoyens opprimés [5]. Parmi les lois agraires qui furent portées après cette époque, nous remarquons celle de Livius Drusus (631 ou 663), celle de Rullus, contre laquelle Cicéron prononça un discours (691), enfin une loi *Julia* de César (695) [6]. Nous ne connaissons qu'une seule loi agraire [7] qui favorisât les possesseurs aux dépens du trésor; ce fut la loi *Thoria* (647), qui diminua la rente, et dont nous possédons des fragments authentiques assez considérables [8].

Outre le but permanent que Licinius et les Gracques s'étaient proposé, celui de procurer au peuple le droit de participer à l'occupation du domaine public, ils cherchèrent aussi à alléger momentanément la misère des plus pauvres. A cet effet, ils établirent des colonies et obtinrent souvent des distributions de terres appartenant au domaine public. De pareilles assignations se faisaient ou par vente publique, *ager quæsto-*

[4] *Voy.* en général le chapitre de Niebuhr, intitulé « les rogations de Licinius, » t. III, p. 1-30. Les principaux passages des anciens sur les lois de Licinius se trouvent chez Tite-Live, VI, 35. X, 13. - Appien, *de bellis civ.*, I, 7. 8. - Varron, *de re rust.*, I. 2.

[5] Appien, *de bellis civilibus*, I, 9. 10. 27. - Plutarque, *T. Gracchus*, 7. 8.

[6] *Lex Livia*. Plutarque, *T. Gracchus*, 9; Cic. *Brutus*, 28. — *Lex Rulli*. Cic. *orat. in Rullum, de lege agraria*. — *Lex Julia Cæsaris*. Suétone, César, 20; Dion. Cass., XXXVIII, 1. 7.

[7] Nous profitons de cette occasion pour faire observer que le sens que l'on attribue communément au mot « loi agraire » n'est point conforme aux idées des anciens. *Lex agraria* est tout simplement une loi qui se rapporte aux immeubles destinés à la culture, *agri*. Il est tout naturel que la plupart de ces lois aient eu rapport au domaine public; mais l'exemple de la loi Thoria est là pour prouver qu'elles n'étaient pas même toutes en faveur des prolétaires. *Voy.* au reste Fr. 3, pr. § 1. D., *de termino moto*, 47. 21.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 4, n° 1. — Cic. *de orat.*, II, 70. *Brutus*, 36. « Sp. Thorius... is, qui agrum publicum vitiosa et inutili lege vectigali levavit. » - Appien, *de bellis civ.*, I, 27.

rius, ou à titre gratuit, soit à des particuliers, soit à des colonies [9].

Les lots distribués ou vendus étaient auparavant mesurés par des arpenteurs publics, *agrimensores*. L'étendue en variait; mais il paraît que la contenance ordinaire des assignations plébéiennes était de sept arpents pour chaque père de famille [10].

Par suite de ces distributions et ventes, *agri assignati et quæstorii*, une certaine partie des terres publiques fut changée en propriété privée, *ager ex publico factus privatus*. Une partie plus considérable fut enlevée au domaine public par l'usurpation des possesseurs qui, en s'affranchissant de la rente, finissaient par faire perdre à leurs terres, *agri occupatorii*, le caractère de propriété nationale [11]. Enfin, ce qui produisit la plus grande révolution dans la propriété territoriale, ce furent les distributions que les généraux des derniers temps de la république, depuis Sylla jusqu'aux derniers triumvirs, firent à leurs vétérans, en violant à la fois la propriété privée et les droits de l'État [12]. A la suite de ces événements et des distributions nouvelles faites par les empereurs, le sol italique presque entier se trouvait, dès les premiers temps de l'empire, soumis à la propriété privée. Vespasien et Titus réclamèrent de vastes étendues de terres usurpées par des municipes et par des colonies; mais Domitien les rendit aux anciens possesseurs [13]. Sous les empereurs suivants, nous ne trouvons plus

[9] SICULUS FLACCUS, *de condit. agror.* (ed. Goes., p. 2.) « Ut vero Romani (omnium) gentium politi sunt, agros *alios* ex hoste captos, in victorem populum partiti sunt, alios vero (agros) vendiderunt, ut Sabinorum ager qui dicitur quæstorius. » p. 14. « Quæstorii dicuntur agri quos ex hoste captos populus Romanus per quæstores vendidit. » - HYGINUS, *de condit. agr.*, ed. Goes., p. 205.— Quant aux *agri divisi* et *assignati*, v. SICULUS FLACC., *de condit. agrorum*, ed. Goes, p. 16 et suiv.

[10] PLINE, *H. N.*, XVIII, 4 : « Manii quidem Curii... nota concio est : « *Perniciosum intelligi civem, cui septem jugera non essent satis.* » Hæc autem mensura plebei post exactos reges assignata est. » — COLUMELLA, *de re rustica*, 3 : « Ideoque post exactos reges Liciniana illa septena jugera quæ plebis tribunus viritim diviserat, majores quæstus antiquis retulere quam nunc nobis præbent amplissima vetereta... Curius Dentatus... hac plebeia mensura contentus fuit. » Cf. TITE-LIVE, V, 24. 30.

[11] APPIEN, *de bell. civ.*, I, 7. 10. 27. 36. - CIC., *Philipp.*, II, 39. - TITE-LIVE, XLII, 1. « Paullatim proferendo fines. » *Ibid.*, 19. - TACITE, *Ann.*, XIV, 18. - HYGINUS, *de condit. agrorum*, ed. Goes., p. 205, après avoir parlé des *agri quæstorii*, continue : « Vetustas tamen longi temporis plerumque pæne similem reddidit occupatorum agrorum conditionem. »

[12] CIC., *in Catil.*, II, 9; *in Rullum*, III, 2. 3; *Philipp.*, II, 39. - TITE-LIVE, épit. LXXXIX. - APPIEN, *de bell. civ.*, II, 10. 94. - SUÉTONE, *César*, 20. 38. 42; *Octave*, 13. - VELL. PATERC., II. 44. 74. - FLORUS, III, 21. IV, 5, etc.

[13] HYGINUS, *de limit. constit.*, ed. Goes., p. 210. « Lapides quoque inscripti nomine Divi Vespasiani sub clausula tali, OCCUPATOS A PRIVATIS FINES POPULO ROMANO RESTITUIT. » Ces usurpations avaient surtout lieu à l'égard des SUBCESIVA, c'est-à-dire des pièces de terre qui, n'étant pas comprises dans l'arpentage des *agri assignati* ou *divisi*, restaient *ager publicus*. Domitien consacra ces usurpations et en attribua expressément la propriété aux détenteurs. SUÉTONE, *Domitien*, c. 9. - AGGENUS, *in Frontin. de limitib. agror.*, ed. Goes., p. 59. « Nam Domitianus per totam Italiam subcesiva possidentibus donavit : edictoque hoc universis notum fecit. » *Voy.* encore LE MÊME, *ibid.*, p. 48-50. 68. 69. (SIMPLIC.), p. 87. - SICULUS FLACCUS, *de condit. agror.*, p. 23, *in f.*

guère de domaines publics que sur les frontières de l'empire, et une ordonnance d'Honorius abolit les derniers restes de l'institution en attribuant aux possesseurs la propriété pleine et entière des parcelles qu'ils détenaient [14].

Administration de la justice à Rome.

§ 35. *De la justice criminelle.*

Parmi les méfaits dont l'homme peut se rendre coupable, il en est qui semblent porter atteinte non-seulement aux droits des individus, mais aux intérêts de la société même, et mériter par conséquent une punition infligée par l'autorité sociale. Nous trouvons à cet égard, dans les législations modernes, des règles plus ou moins précises et étendues, dont les détails vont souvent au delà des besoins sociaux. Il n'en était pas de même chez les Romains, qui ne paraissent point avoir eu dans le principe de lois criminelles proprement dites. Quand un forfait extraordinaire paraissait menacer la chose publique, la nation punissait le coupable [15], en prenant telle mesure que les circonstances réclamaient, et sans être liée à cet égard par aucune déposition législative générale [16].

Il est naturel que le premier fait qui fut jugé mériter une peine publique fut la trahison envers la patrie, *perduellio* [17]. Bientôt on envisagea de la même manière le parricide et, par extension, l'assassinat en général [18]; enfin la loi des Douze Tables, menaça encore de la vindicte publique, le crime d'incendie, le vol de récolte, le parjure, l'infidélité du patron envers le client, quelques injures, les sortiléges [19].

Le jugement des crimes publics [20] appartenait naturellement au peuple.

[14] L. un. Th. C., *de rei vindicatione*, 2, 23. *Voy*. encore ci-après § 58.

[15] Le premier exemple de ce genre, dont parlent nos sources historiques, est la poursuite dirigée contre Horace, coupable d'avoir tué sa sœur. Tite-Live, I, 26.

[16] Les historiens de l'antiquité, notamment Denys d'Halicarnasse et Plutarque, attribuent à la vérité à Romulus, à Numa et à leurs successeurs, diverses lois pénales; mais ces renseignements, quelque précis qu'ils soient, paraissent plus que suspects.

[17] Il n'y a point de témoignage positif à cet égard; mais l'idée du crime appelé *perduellio* a dû être antérieure à celle du parricide, puisque le meurtrier Horace est poursuivi du chef de *perduellio*, ce qui semble indiquer que ce dernier mot s'employait dans le principe d'une manière générale pour désigner tout méfait qui paraissait porter atteinte à la chose publique. Tite-Live, I. 24.

[18] Tite-Live, I, 26. - Plutarque, *Romulus*, 22. - Festus, v. *Parrici quæstores* «... lex Numæ Pompilii regis bis composita verbis : Siqui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto. » Ces mots paricida esto veulent dire que le coupable sera puni, comme s'il avait commis un parricide.

[19] Varron, *de l. l.* VII, 49. - Denys d'Hal., II, 9. - Tite-Live, I, 26. - Festus, v. *Parricidii*. - Fr. 9, D., *de incendio, ruina, naufr.* 47, 9. - Servius, *ad Virg. Æn.*, VI, 609. - Augustin, *de civitate Dei*, II, 9.

[20] Sur la procédure criminelle chez les Romains, *Voy*. Geib, *Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinians*, Leipzig, 1842, et Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats*. Paris, 1845.

Les récits des anciens mentionnent, à la vérité, des jugements prononcés par les rois ou par des citoyens spécialement désignés à cet effet [21]; mais tout prouve que ces magistrats n'agissaient que par suite d'une délégation, et que leur sentence n'avait point le caractère d'un jugement définitif, la voie de l'appel au peuple restant toujours ouverte à l'accusé. Le principe du jugement par le peuple fut enfin invariablement fixé par la loi des Douze Tables, d'après laquelle le citoyen ne pouvait être jugé criminellement que par les comices des centuries, *comitiatus maximus* [22]. La poursuite était dirigée par un magistrat ordinaire ou par des citoyens que le peuple chargeait de ce soin dans un cas particulier [23]. L'assemblée allait ensuite aux voix à peu près de la même manière que dans les votes sur des propositions de lois [24]. — Au commencement du septième siècle de Rome, un changement important fut introduit dans la procédure criminelle. Les assemblées du peuple n'étaient pas assez fréquentes pour permettre la poursuite des nombreux crimes que la dépravation des mœurs produisait; et les influences politiques empêchaient souvent des condamnations que la morale publique exigeait, surtout à charge d'hommes influents, qui avaient abusé de leur pouvoir. C'est pourquoi le tribun C. Calpurnius Piso proposa, en 603, pour le crime le plus fréquent de ce genre, la concussion des magistrats, de ne plus convoquer la nation entière, mais de

[21] Les citoyens chargés de cette magistrature extraordinaire et temporaire s'appelaient inquisiteurs, *quæstores*. C'est ainsi que nous voyons figurer dans les procès criminels des premiers temps des *duumviri* ou *quæstores perduellionis et parricidii*. Ces *quæstores* étaient-ils simplement chargés de la poursuite, ou avaient-ils en même temps le droit de condamner l'accusé? Cela dépendait évidemment de la teneur du mandat qu'ils recevaient lors de leur nomination. Il est cependant à remarquer que le procès d'Horace est le seul qui offre un exemple de condamnation prononcée par les duumvirs, sauf naturellement l'appel au peuple (TITE-LIVE, I, 26. - FESTUS, v. *Sororium*.), et que, dans tous les autres cas, ils agissent tout simplement comme accusateurs, ce qui est d'ailleurs indiqué par leur nom : QUÆSTORES de *quærere*, rechercher. CIC., *de rep.*, II, 35. - VARRON, *de l. l.*, V, 9. - TITE-LIVE, II, 41. VI, 20. - DENYS D'HAL., VIII, 77. 78. - FESTUS, v. *Parrici quæstores*. - Cf. VARRON, *de l. l.*, IV, 14 et ci-dessus § 27, notes 11 et suiv.

[22] *Voy.* ci-dessus § 22. Il ne s'agit, au reste, ici que de la poursuite criminelle *ordinaire*, dirigée par le *populus* contre un membre du *populus*. Nous n'avons donc point à parler du pouvoir pénal des magistrats qui, jusqu'à la loi *Valeria de provocatione* (245), paraît avoir été illimité à l'égard des plébéiens (ci-dessus § 14) et en vertu duquel ils pouvaient, même après cette loi, infliger des amendes, *mulctæ*, dont le taux, d'abord illimité, fut fixé par plusieurs lois, spécialement par les lois *Valeria* (245) et *Aternia Torpeia*, en 300. AULU-GELLE, XI, 1. Nous laissons également de côté l'élément religieux qui joue un assez-grand rôle dans l'ancien système pénal. Enfin, notre cadre exclut les accusations que les tribuns pouvaient diriger devant les tribus contre les magistrats qui abusaient de leur pouvoir (ci-dessus § 29, note 21), et les poursuites que le sénat ordonnait parfois, dans des cas extraordinaires, sous prétexte de salut public : ce sont là, en effet, plutôt des mesures politiques que des actes de justice régulière.

[23] *Voy.* ci-dessus note 21.

[24] Dans le principe, oralement; plus tard, par suite d'une loi *Papiria Carbonis* (623), au moyen de tablettes sur lesquelles les citoyens inscrivaient les lettres A (*absolvo*) ou C (*condemno*). *Voy.* ci-après note 31.

confier le jugement à un jury composé d'un certain nombre de citoyens, et présidé par un préteur appelée *quæstor*, *lex Calpurnia repetundarum*[25]. Les membres de ce jury devaient être choisis parmi les sénateurs, sur une liste permanente dressée par le préteur, ce qui valait à l'institution le nom de *quæstio perpetua*. Ce nouveau mode de procédure criminelle eut du succès, et fut bientôt appliqué à d'autres genres de crime. Originairement inventé afin de faciliter les poursuites contre les *optimates* prévaricateurs, il devint entre les mains de Sylla et de ses successeurs un moyen de diminuer l'autorité des comices et d'assoupir l'esprit public[26]. Vers la fin de la république, le jugement par ces tribunaux permanents était devenu la règle générale, *ordo judiciorum publicorum*, et l'on appelait *extraordinaria judicia* les jugements qui se faisaient d'une autre manière, y compris ceux des comices *centuriates*.

Comme les diverses *quæstiones perpetuæ* avaient été instituées par des lois différentes, la procédure n'était pas partout identiquement la même[27]. Il y avait cependant certains points communs à tous les jugements ordinaires. D'abord, il ne fallait point, comme devant les comices, qu'un magistrat intentât la poursuite; le droit d'accuser appartenait à tout citoyen, qui s'adressait au *quæstor* respectif[28]. S'il arrivait que plusieurs accusateurs se présentassent, il y avait une procédure particulière, *divinatio*, à l'effet de décider à qui le droit de poursuite appartiendrait[29]. Les formalités de citation remplies, les parties paraissaient à jour fixe devant le tribunal, présidé par le *quæstor*[30], produisaient leurs témoins et procédaient aux plaidoiries. Les jurés allaient ensuite aux voix et le verdict était rendu à la majorité des voix[31]. Le nombre des jurés était différent dans les différentes

[25] Cic., *de off.*, II, 21; *Brutus*, 27.

[26] *Leges Corneliæ* (*Syllæ*), *de sicariis et veneficis*, *repetundarum*, *majestatis*, *de falsis*. - *Leges Pompeiæ*, *de ambitu*, *de parricidiis*. - *Leges Juliæ* (*Cæsaris*), *repetundarum*, *de vi*, *majestatis*. - *Leges Juliæ* (*Augusti*), *judiciorum publicorum*, *de ambitu*, *majestatis*, *de peculatu*, etc. — *Voy.* Pomponius, Fr. 2, § 32. D., *de origine juris.*, 1. 2. - Paul, V, 23. 28. - Titt. D., XLVIII, 4. 5. 8. 9. 11. 14. - Titt. C., IX, 16. — Cic., *pro Rab.*, 4; *in Pisonem*, 21; *pro Cluentio*, 55; *in Verrem*, I, 5. 9. 33. III, 84. IV, 25. - Asconius, *arg. in Mil.* - Suétone, *Jules César*, 42; *Octav.*, 34; *Tibère*, 58. - Tacite, *Ann.*, XV, 20. - Dion Cassius, LIV, 16, etc.

[27] La loi *Julia* (*Augusti*) *judiciorum publicorum*, fut la première qui établit des règles générales sur la matière.

[28] On peut voir au Fr. 3 pr. D., *de accusationibus*, 48. 2., la formule dont on se servait à cet effet.

[29] Cic., *divinatio in Verrem*, 20; *ad famil.*, VIII, 6; *ad Quintum fratrem*, III, 2. - Aulu-Gelle, II, 4. — Pour prévenir des collusions, les accusateurs évincés pouvaient cependant s'adjoindre à la poursuite comme *subscriptores*. Cic., *divin. in Cæcil.*, 15. 16.

[30] *Voy.* ci-dessus § 27, note 89. En cas de besoin, le peuple nommait des présidents spéciaux, *judices quæstionis*. Cic., *pro Cluentio*, 54. - *Collatio leg. Mosaic*, I, 3. - Fr. 1, § 1. D., *ad leg. Corn. de sicariis*, 48. 8.

[31] Les juges votaient au moyen de tablettes, sur lesquelles ils inscrivaient les sigles solennels A (*absolvo*) ou C (*condemno*); ou bien N. L. (*non liquet*), s'ils ne se trouvaient pas suffisamment éclairés. Dans ce dernier cas, les débats devaient continuer.

quæstiones, mais toujours assez considérable. Ils étaient tirés au sort sur une liste dressée par le préteur compétent, chaque partie ayant le droit de récuser un certain nombre de ceux que le sort amenait[32]. — Dans le principe, les juges ne pouvaient être pris que parmi les sénateurs. Les Gracques leur enlevèrent ce privilége dont ils s'étaient montrés indignes par leur partialité, et le transférèrent aux chevaliers[33]. Après plusieurs autres changements législatifs, la loi *Aurelia* (682) ordonna de former trois classes ou décuries de juges à prendre parmi les sénateurs, les chevaliers et les tribuns du trésor[34]. Cette loi fut encore modifiée; mais Auguste la rétablit, tout en portant le nombre des décuries à quatre. *Lex Julia judiciaria*[35].

Sous les rois, la peine ordinaire des crimes publics était la peine de mort. Mais, comme on accordait au prévenu de rester libre moyennant caution, *vades publicus*, il avait la faculté de se soustraire à la condamnation par un exil volontaire[36]. Dans ce cas, la république lui interdisait l'eau et le feu pour prévenir son retour[37]. De cette manière, le bannissement hors l'Italie, *aquæ et igni interdictio*, devint la peine ordinaire, et celle de mort ne fut plus prononcée que contre les parricides et contre ceux qui étaient déclarés ennemis de la patrie[38]. Outre les peines capitales, c'est-à-dire qui entrainent la perte de la vie, de la liberté ou du droit de cité[39], on infligeait fréquemment des amendes, *mulctæ*, qui différaient des autres peines en ce qu'elles n'étaient pas infamantes. En général, le montant de ces amendes n'était pas

[32] La loi *Servilia repetundarum*, dont une partie considérable a été conservée sur une table d'airain dont nous possédons plusieurs fragments. (*Voy.* ci-dessus, § 4 n° 2), chargeait le *prætor peregrinus* de faire la première liste des jurés; les listes suivantes devaient être dressées par le préteur préposé à la *quæstio repetundarum*. Cette liste comprenait les noms de 450 citoyens, parmi lesquels l'accusateur et l'accusé pouvaient choisir chacun cent, sauf à la partie adverse d'en rejeter cinquante, de manière que le tribunal se trouvait définitivement constitué au nombre de cent juges. Lex Servilia, c. 6. — 10. La loi *Cornelia repetundarum* veut que les juges soient tirés au sort, mais elle maintient aux deux parties le droit de récusation, *rejectio*. Asconius, *in Verrem*, I, 6. II, 1, 61. — Les autres lois constitutives de *quæstiones perpetuæ* contenaient des dispositions plus ou moins analogues.

[33] Plutarque, *C. Gracchus*, 5. - Appien, *de bellis civil.*, I, 21. - Ascon., *in Cic. divin. in Cæcil.*, 3.

[34] Ascon., *in Cic. Corn.* « L. (Aurelius) Cotta, qui lege sua judicia inter tres ordines communicavit, senatum, equites, tribunos ærarios. » — Vell. Pat. II, 32.

[35] Suétone, *Octav.*, 32. Caligula en ajouta une cinquième. Id., *Calig.*, 16.

[36] Tite-Live, I, 41. II, 35. III, 13, 58. V, 32. - Cic. *pro Cæcina*, 33. 34. « Exsilium enim non supplicium est, sed profugium portusque supplicii. Nam qui volunt pœnam aliquam subterfugere, aut calamitatem, eo solum vertunt. »

[37] Tite-Live, XXV, 4. - *Declam. pro domo*, c. 30. - Appien, *de bellis civ.*, I, 31.

[38] Cic., *pro Roscio Amerino*, 25. — Hugo, *Geschichte des römischen Rechts*, p. 702 (XIe édition).

[39] Fr. 2, pr., D., *de pœnis* 48, 19. « Rei capitalis damnatum sic accipere debemus ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit. » - Fr. 2. D., *de publicis judiciis*, 48. 1. - Fr. 103, D., *de verborum signif.* 50, 16. — Nous aurons plus tard l'occasion de parler des délits qui entrainent la perte de la liberté et du droit de cité.

déterminé d'avance par la loi ; il dépendait de l'arbitraire du peuple qui prononçait la condamnation [40].

§ 36. *De la justice civile.*

L'administration de la justice civile, qui des rois avait passé aux consuls, fut définitivement confiée au préteur après l'admission des plébéiens au consulat (§ 27, n° 2). Nous n'avons point des données suffisantes pour décider si, dans l'origine, le roi et les consuls jugeaient seuls, ou si le peuple intervenait également dans les jugements civils. L'existence du tribunal des centumvirs, qui dans l'ordre civil offre le même principe que nous trouvons plus tard au point de vue criminel dans les *quæstiones perpetuæ,* savoir une représentation des comices, pourrait faire croire que l'intervention de la nation était nécessaire au moins dans les questions qui concernaient l'état du citoyen et sa propriété [41]. Mais plus tard nous voyons le magistrat agir de sa seule autorité, en vertu du mandat qui lui est donné par le souverain de dire droit entre les citoyens, *jus dicere* [42].

Régulièrement le préteur bornait son action, comme la locution *jus dicere* l'indique d'ailleurs, à constater le droit d'après lequel la contestation qui lui était soumise devait être jugée, c'est-à-dire qu'il examinait uniquement si le rapport juridique sur lequel le demandeur fondait sa demande méritait la protection de la justice, sans s'occuper de la question de savoir si le rapport indiqué existait réellement. Le soin de rechercher ce point de fait était confié, s'il en était besoin [43], à un citoyen appelé *judex* ou *arbiter,* devant lequel le préteur renvoyait les parties avec un écrit, *formula,* qui donnait le pouvoir et les instructions nécessaires pour décider le procès conformément au droit constaté par lui. La procédure se composait donc, toutes les fois qu'il y avait contestation sur les faits du procès, de deux opérations distinctes, dont la première avait pour but la constatation de la règle de droit d'après laquelle le différend devait être jugée, *juris dictio,* et la seconde comprenait l'examen des faits contentieux suivi du jugement, c'est-à-dire de l'application que le *judex*

[40] En général, il ne devait pas dépasser la moitié du patrimoine de l'accusé. Cf. LEX ACILIA, lin. 10. - AULU-GELLE, VII, 3. - FESTUS, v. « *Publica pondera....* dum minore parti familias taxat... »

[41] *Voy.* ci-après la note 60.

[42] *Voy.* pour les détails ci-après livre I, titre V, §§ 128 et suivants.

[43] C'est-à-dire si le défendeur contestait l'existence du rapport juridique. Car si le défendeur avouait les faits sur lesquels le demandeur fondait son action, le renvoi devant le *judex* n'était point nécessaire. C'est ce qu'exprime la règle : *In jure confessus pro judicato habetur.* *Voy.* ci-après §§ 134. 154.

faisait de la règle de droit donnée par le préteur aux faits de l'espèce à juger, *judicium*.

Cette séparation des fonctions judiciaires en actes faits devant le magistrat permanent, *in jure*, et actes faits devant le citoyen choisi et désigné pour examiner l'espèce particulière que le magistrat renvoyait devant lui, *in judicio*, a-t-elle existé de tout temps à Rome? Nous n'avons aucun témoignage historique sur ce point [44]; il paraît cependant plus naturel d'admettre la négative. Ce fut probablement le nombre croissant des affaires à juger et le défaut de temps qui engagèrent un jour le magistrat à opérer cette division du travail, dont l'expérience démontra bientôt l'excellence, au point de la faire adopter d'une manière générale. Quoi qu'il en soit, il est certain que déjà peu de temps après la loi des Douze Tables [45] le mode d'agir fondé sur la séparation du *jus* et du *judicium* était la procédure ordinaire et régulière [46], *ordo judiciorum privatorum*, et que l'on disait des décisions, relativement rares, que le préteur rendait sans renvoi devant un *judex*, qu'elles étaient rendues en dehors de la règle, *extra ordinem* [47].

Nous avons dit dans notre exposé que l'examen du point de fait était abandonné à un *judex* ou *arbiter*. C'était en effet le cas ordinaire. Il arrivait cependant aussi que cette tâche fût confiée à plusieurs personnes, auquel cas on employait de préférence le terme *arbitri* ou bien *recuperatores* [48]. Ce dernier terme se rencontre déjà dans la haute antiquité pour désigner les arbitres, nommés en vertu de traités internationaux, à l'effet de juger des contestations entre membres de deux peuples différents [49]. C'était peut-être d'abord exclusivement à des juges de ce genre que le *prætor peregrinus* renvoyait les procès portés devant son tribunal. Mais déjà de bonne heure nous les trouvons aussi comme arbitres entre citoyens romains, même pour des contestations qui ne sont pas du domaine juridique proprement

44 Car des textes, comme celui de Cic., *de rep.*, V. 2 : « Nec vero quisquam privatus erat disceptator, aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis », et d'autres analogues, bien que favorables à notre manière de voir, ne sauraient être cités comme décisifs.

45 La mention des arbitres qui se trouve dans les Douze Tables (ci-après note 48) autorise même à croire que déjà cette loi consacrait la séparation du *jus* et *judicium*. *Voy.*, au reste, ci-après § 129.

46 Cic., *pro Cluentio*, 43 : « Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. »

47 *Voy.* ci-après §§ 129. 135.

48 Déjà la loi des Douze Tables mentionne des *arbitri* au nombre de trois, dans deux espèces de contestations. Cic., *de leg.*, I, 21. - Festus, v. *Vindiciæ*. — Le nombre des récupérateurs varie; nous en trouvons trois, cinq et plus. *Voy.* ci-après § 134.

49 Festus, v. *Reciperatio* est, ut ait Ælius Gallus, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit : quomodo per reciperatores reddatur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.

dit [50], et, du temps des jurisconsultes classiques, le jugement de certaines espèces de procès civils était régulièrement déféré à des récupérateurs [51]. Nous n'avons point de données certaines à cet égard et il est impossible d'indiquer un principe qui aurait déterminé le renvoi devant telle ou telle autre catégorie de juges. Le renvoi devant un seul *judex* est cependant toujours la règle dans les questions rigoureuses du *jus civile* proprement dit; les arbitres figurent plutôt dans des matières où une certaine latitude d'appréciation doit être laissée au juge [52], et il en est de même des récupérateurs, qui d'ailleurs déjà par leur origine étaient appelés à s'en tenir davantage aux préceptes larges du *jus gentium*, et qui, affranchis des délais et de la rigueur des formes civiles, pouvaient probablement procéder d'une manière plus expéditive [53].

Les juges appelés à siéger dans les *quæstiones perpetuæ* étaient pris sur une liste dressée par le préteur et affichée dans le *forum*. Il est à présumer qu'il en était de même dans les procès civils, au moins en ce qui concerne les *judices* proprement dits; ce qui est certain, c'est que la loi d'Auguste, qui créa quatre décuries de juges, s'appliquait aussi bien aux jugements civils qu'aux *judicia publica* [54]. Mais il paraît que les *arbitri* et les *recuperatores* pouvaient être pris dans toutes les classes de citoyens et même parmi les étrangers [55].

En dehors de ces juges, simples particuliers désignés pour une affaire spéciale, nous trouvons à Rome deux tribunaux civils permanents, sous le nom de *centumviri* et *decemviri litibus judicandis*.

Ce que les anciens nous apprennent sur le tribunal des centumvirs se réduit à peu de chose. Il n'est pas impossible que la création en remonte à Servius Tullius, bien qu'aucun témoignage positif ne puisse être invoqué à cet égard. Le nombre des juges et la compétence du tribunal semblent de plus indiquer une origine plébéienne. Vers la fin de la république, il comptait cent cinq membres, trois de chaque tribu. Auguste en porta le nombre à cent quatre-vingts [56]. Il était présidé par le pré-

[50] Chez Tite-Live, XXVI, 48, trois récupérateurs sont nommés à l'effet de décider lequel de deux soldats (l'un *centurio legionis quartæ*, l'autre *socius navalis*) mérite la couronne murale décernée par Scipion à celui qui le premier avait monté sur les murs de Carthagène.

[51] *Voy.* ci-après § 129.

[52] *Voy.* ci-après §§ 133, obs. 138, et tome II, § 279.

[53] Cf. Cic., *pro Tullio*, 2. 10; *divinatio in Cæcil.*, 17. — Pline, *Epist.*, III, 20: « Nam ut in recuperatoriis judiciis, sic nos in his comitiis *quasi repente apprehensi*, sinceri judices fuimus. » - Gaius, IV, 185.

[54] Suétone, *Octavien*, 32: « Ad tres judicum decurias quartam addidit ex inferiore censu, quæ ducenariorum vocaretur, judicaretque de levioribus summis. » - Pline, *H. N.*, *præf.* - Pline le jeune, *Epist.*, III, 20. - Aulu-Gelle, XIV, 2.

[55] Gaius, IV, 105.

[56] Festus, v. *Centumviralia judicia* a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romæ XXXV tribus (quæ et curiæ dictæ sunt), terni ex singulis tribubus sunt electi ad judicandum qui

teur [57] et divisé en quatre chambres, *consilia*, qui prenaient aussi le nom de *hastæ*, du javelot fixé devant la porte de leurs salles d'audience [58]. Chacun de ces *consilia* siégeait séparément, mais il paraît que dans les affaires d'une importance majeure le tribunal jugeait souvent toutes chambres réunies [59]. — Nous ne savons rien de précis sur l'origine ni sur la compétence de ce tribunal. Il est probable cependant qu'il ne jugeait que des affaires du *jus civile*. Le javelot, qui est le symbole de la propriété, semble indiquer que c'étaient particulièrement les questions relatives au *dominium ex jure Quiritium* qui étaient portées devant les centumvirs. Cicéron y ajoute encore les questions d'état [60]. Sous les empereurs, on leur attribua spécialement la connaissance des actions dirigées contre les testaments inofficieux, *querela inofficiosi testamenti* [61]. Nous ignorons jusqu'à quelle époque le tribunal des centumvirs a continué d'exister; sous Justinien il était oublié [62].

Les renseignements que nous avons sur les *decemviri litibus judicandis* sont encore moins complets que ceux sur les centumvirs. Pomponius dit qu'ils furent créés après l'établissement du *prætor peregrinus* pour présider les chambres du tribunal centumviral [63]. Cela est évidemment inexact; car, d'un côté, tout fait supposer que cette présidence ne fut attribuée aux décemvirs que par Auguste [64]; d'un autre côté, la loi Valeria parle déjà de décemvirs qui ne peuvent guère être que nos *decemviri litibus judicandis* [65], et les auteurs des derniers temps de la république les mentionnent, sans établir aucun rapport entre eux et les centumvirs [66]. Il nous est, au reste, impossible d'en définir avec exactitude les attributions originaires [67].

centumviri appellati sunt : et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. — Pline, *Epist.*, VI, 33.

[57] Pline, *Epist.*, V, 21. — Nous trouvons aussi les ex-questeurs, et, depuis Auguste, les *decemviri litibus judicandis*, mentionnés comme présidents (probablement des *concilia*, présidents de chambre). Suétone, *Octave*, 36. - Dion Cassius, L. IV, 26, et ci-après, note 63.

[58] Valère-Max., VII, 7. 1. - Quintil., *Inst. orat.*, V, 2. 1. XI, 2, 78. XII, 5. 6. - Pline, *Epist.*, II, 14. - Gaius, IV, 16 : « Festuca utebantur, quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii : maxime enim *sua esse* credebant, quæ ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur. »

[59] Pline, *Epist.*, I, 18. IV, 24. VI, 33. - Quintil., *Inst. orat.*, XII, 5. 6.

[60] Cic., *de orat.*, I, 38. « ... In caussis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium jura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, quare denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit. »

[61] *Voy.* ci-après tome III, § 470.

[62] La dernière mention s'en trouve chez St. Jérôme, *ep. ad Domnionem*, 50.

[63] Pomponius, Fr. 2. § 29. D. *de origine juris*, 1, 2.

[64] *Voy.* ci-dessus note 57.

[65] Tite-Live, III, 55. « judicibus decemviris. »

[66] Varron, *de l. l.* IX, 85. — Cic., *de leg.*, III. 3; *pro Cæcina*, 29. 33.

[67] Dans les passages cités à la note précédente de Cic., *pro Cæcina*, 29. 33, il s'agit d'une question d'état, « cum Aretinæ mulieris libertatem defenderem. »

§ 37. *Organisation des villes.*

Dans les premiers temps, on laissait ordinairement aux villes conquises la libre administration de leurs affaires intérieures. Ce système fut abandonné lorsque les conquêtes de la république se furent étendues au delà de l'Italie; car, à l'exception des colonies, toutes les villes des provinces étaient soumises à l'arbitraire du gouverneur, à moins qu'on ne leur eût accordé la qualité de ville libre, *libera civitas* [68]. Dans ce dernier cas, les priviléges de la ville déclarée libre étaient déterminés dans l'acte par lequel le peuple lui accordait cette faveur. Nous possédons une table d'airain sur laquelle se trouve gravé le plébiscite qui accorda, en 682, à la ville de Thermessus en Pisidie, les droits de cité libre (§ 4, n° 4).

Parmi les villes qui jouissent d'une libre organisation intérieure on distingue les municipes, les colonies et les préfectures.

Les habitants des *municipes* avaient le droit de cité et contribuaient aux charges publiques. C'est même de là que l'on fait dériver le nom municipe, *munera capere* [69]. Mais ils n'avaient pas toujours le droit de suffrage. Quant à leur administration intérieure, ces villes jouissaient de la plus grande liberté; elles exerçaient à cet égard le pouvoir législatif sans qu'il leur fût cependant permis de changer ou de contrarier les lois générales votées par les comices de Rome, ou les décrets du sénat [70]. Elles avaient également leur sénat, appelé *curia* ou *ordo decurionum*, et leurs magistrats élus par les habitants. Deux ou quatre magistrats analogues aux consuls romains, mais sans commandement militaire, *duumviri* ou *quatuorviri juri dicundo*, exerçaient ordinairement le suprême pouvoir, et administraient la justice, dans la ville et dans les localités d'alentour [71]. En outre, il y avait des édiles, des administrateurs des finances et d'autres magistrats moins importants [72]. Il paraît même que ces villes avaient aussi une juridiction criminelle, quoique restreinte [73].

[68] Polybe, XVIII, 27, 2. 3. 4. - Cic., *in Pisonem*, 16; *in Verrem*, II, 3. 4. 5. 6. 21. 22. 40. 65 66; *ad famil.*, III, 8. XV, 4; *ad Att.*, VI, 1. 12. 25. - Hirtius, *de bello Afric.*, 87.

[69] C'est pourquoi Cic., *de leg.*, II, 2, dit : « Omnibus municipibus duas esse censes patrias, unam naturæ, alteram civitatis, » et appelle Rome la patrie commune, *patria communis*. Le même, *de leg.*, II, 16, distingue la *municipalis* et la *summa* respublica. — *Voy.* au reste § 30, note 47.

[70] Cic., *de leg.*, III, 16. - Tite-Live, XXIII, 1. 2. 7. XXXIV, 7. - Cf. *Plebiscitum de Thermensibus* « legibus sueis ita utunto itaque ieis omnibus sueis legibus Thermensis maioribus Pisideis utei liceto quod advorsos hanc legem non fiat. »

[71] *Fora, vici, conciliabula, castella.* Ces localités avaient également leurs magistrats de l'ordre administratif, mais étaient soumises à la *juris dictio* des magistrats du municipe auquel elles ressortissaient. Tabula Heracl., liv. 45. 68-84. — Lex de Gallia cisalpina, c. 22.

[72] *Ædiles, prætores, censores* ou *curatores*, qu'on appelle aussi *viri quinquennales*, etc. Dans les villes latines nous trouvons même un *dictator*. Spartianus, *Adrien*, 9.

[73] Tabula Heracl., liv. 117. 120. « Quive judicio publico Romæ condemnatus est, erit

Les **colonies** de citoyens romains, organisées d'après le modèle de la mère patrie, avaient en général la même organisation que les municipes, bien que leur condition paraisse avoir été, à cause de leur origine, considérée comme plus honorable [74]. L'établissement d'une colonie dans une province ne changeait, au reste, rien à la condition du sol, qui restait provincial, sauf les terres nommément assignées aux colons [75]; mais souvent on accordait aux colonies des provinces le *jus italicum* et on rendait ainsi le territoire susceptible de la propriété romaine et exempt de l'impôt foncier [76]. — Quant aux colonies latines, nous n'avons pas de renseignements précis sur leur constitution intérieure. Tout fait supposer qu'elles avaient également une organisation municipale plus ou moins libre; mais comme les habitants n'avaient pas la qualité de citoyens, leurs magistrats se trouvaient vraisemblablement dans une position plus dépendante que ceux des colonies romaines et des municipes [77].

Le nom de **préfectures** était donné aux municipes ou colonies, qui avaient bien la libre administration de leurs affaires intérieures, mais dans lesquelles un préfet nommé par le peuple romain ou par le préteur exerçait le pouvoir judiciaire [78].

Les légères différences qui existaient entre ces trois catégories de villes,

quocirca eum in Italia esse non liceat, neque in integrum restitutus est, quivo in eo municipio, colonia, præfectura, foro, conciliabulo, cujus erit, judicio publico condemnatus est, erit, etc. »

[74] AULU-GELLE, XVI, 13. « Sic adeo et municipia quid et quo jure sint, quantumque a colonia differant, ignoramus. Existimamusque meliore conditione esse colonias quam municipia... propter amplitudinem majestatemque populi romani, cuius istæ coloniæ, quasi effigies parvæ, simulacraque esse quædam videntur. »

[75] *Voy.* ci-dessus § 32, note 60. Cf. HYGINUS, *de limit. constit.* (p. 198, ed. Goes.). — Fr. 8, § 7. D., *de censibus*, 50. 15.

[76] *Voy.* ci-dessus § 32, note 61, et ci-après § 58.

[77] Le terme *colonies latines* peut comprendre : 1° les colonies fondées par les anciens Latins. (FESTUS, v. *Priscæ latinæ coloniæ.*) 2° Les établissements que Rome fondait, en envoyant dans une contrée des Latins, ou bien des citoyens qui, pour se faire enrôler, avaient échangé leur qualité de *civis* contre celle de latin, *coloniæ latinæ populi romani* (CIC., *pro Cæcina*, 35; *pro domo*, 30. - BOETHIUS, *in topica*, 2. Cf. GAIUS, 1, 131). Enfin, il faut ajouter les villes qui reçurent par la suite le *jus Latii*. *Voy.* ci-dessus § 33, notes 89 et suiv.

[78] « La qualité de *préfecture* n'était pas exclusive de celle de *municipe* ou de *colonie*. LEX DE GALLIA CISALPINA, c. 19, « II vir, III vir, præfectusve ejus municipii. » — L'origine des préfectures remonte à l'an 431 de Rome. On établit alors à Capoue des préfets pour exercer le pouvoir judiciaire sur les Romains qui étaient établis dans cette ville. TITE-LIVE, IX, 20. Plus tard, on agit de même à l'égard de Cumes et de plusieurs autres villes. Quand tous les Italiens furent devenus citoyens romains, il était naturel que le préfet eût la juridiction sur tous les habitants de la ville. Depuis le huitième siècle, au reste, on n'envoya plus de préfets, bien que le nom de préfecture fût maintenu. Les préfets que nous trouvons encore après cette époque sont des magistrats élus par la ville et chargés d'une branche spéciale de l'administration municipale. *Voy.* ORELLI, *inscr.* 3679. 3680, où il s'agit d'un *præfectus ex lege Petronia*, chargé de veiller à l'exécution de cette loi, qui défendait de faire combattre les esclaves avec des bestiaux.

et même entre des villes appartenant à la même catégorie, s'effacèrent de plus en plus devant l'action absorbante de Rome, qui finit par les soumettre toutes au même niveau. Une loi de Jules César, dont nous possédons peut-être des fragments dans l'inscription de la Table d'Héraclée, parait avoir soumis les municipes d'Italie à un régime commun et uniforme [79], et la loi organique de la Gaule cisalpine, qui est de quelques années plus récente, nous montre que déjà la compétence des magistrats judiciaires est restreinte à une somme déterminée, au delà de laquelle la connaissance des affaires appartient au préteur de Rome [80].

§ 38. *Des provinces.*

Après les guerres d'Italie, quand les Romains avaient conquis un pays, ils y plaçaient des garnisons et en organisaient l'administration sous le gouvernement d'un *prætor*. Cela s'appelait réduire en province, *in provinciam redigere* [81]. On ne suivait point dans le principe une règle générale et arrêtée d'avance : chaque province était organisée et régie par une loi spéciale, qui en fixait le sort après la conquête, *formula provinciæ* [82], sauf les modifications qui pouvaient y être apportées par des lois et sénatus-consultes postérieurs, rendus à Rome, soit pour toutes les provinces, soit pour telle province déterminée, ainsi que par les ordonnances des gouverneurs [83]. Cette organisation offrait donc dans les premiers temps une assez grande variété [84], qui s'effaça cependant à la longue, d'autant plus que, dès l'origine, il y avait toujours eu certains points communs, qui constituaient le caractère distinctif du régime provincial.

D'après le droit international des Romains, le territoire conquis appartenait à la république. Ce principe n'était guère, à la vérité, appliqué dans toute sa rigueur aux propriétés particulières, dont on laissait ordinairement aux détenteurs actuels la possession et l'usage, ce qui leur donnait de fait tous les avantages d'un vrai propriétaire. Mais leur propriété était pure-

[79] *Voy.* ci-dessus § 4 et § 32, note 58.

[80] Lex de gallia cisalpina, c. 21. « Quæ res non pluris sestertium XV mille erit. » c. 22 « Quodve eum eo agatur, quæ res non pluris sestertium XV mille erit, etsi ea res erit, de qua re omni pecunia ibi jus dici judiciave dari ex hac lege d. oportebit. »

[81] *Provincia*, de *pro* et *vincere*, d'après les anciens. Festus, v. « *Provinciæ* appellantur quod populus Romanus eas provicit, id est, ante vicit » Au lieu de cette étymologie peu concluante M. Niebuhr, t. III, p. 727, propose *proventus* id est *πρόσοδος*, *vectigal*, revenu.

[82] Cic., *in Verrem*, II, 2, 13. - Tite-Live, XLV, 29.

[83] A). Cic., *in Verrem*, II, 3. 70; *ad Att.*, V, 21. - Ulpien, XI, 1. - Fr. 19. D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. - Fr. 5. D. *de manumissionibus* 40, 1. - B). Cic., *ad famil.*, III, 8; *ad Att.*, V, 21. VI, 1. — *Voy.* aussi ci-après note 4 et §§ 58. 59.

[84] Les premières provinces, spécialement la Sicile, étaient soumises à un régime moins sévère que les conquêtes que les Romains firent plus tard. Cic., *in Verrem*, *passim*.

ment de droit naturel, *juris gentium*, et n'avait pas le caractère absolu et rigoureux de la propriété romaine, *dominium ex jure quiritium*[85]; particulièrement elle ne pouvait être acquise ni transférée d'après les règles du *jus civile*, et partant elle ne jouissait pas d'une protection aussi efficace[86]. La fiction des Romains, d'après laquelle le sol provincial appartenait de droit à l'État, leur permit d'imposer aux immeubles une contribution foncière, comme une espèce de rente à payer, pour la jouissance que la république accordait aux particuliers[87]. C'était là ce qui distinguait le sol provincial d'avec le sol italique, qui avait le privilége de la propriété romaine et était exempt de tout impôt (voyez § 32, note 28).

Outre l'impôt foncier, qui se payait, soit en argent, soit en nature[88], il y avait une contribution personnelle, répartie sur les habitants[89]. La république recevait encore des rentes pour l'usage des pâturages publics[90], et il était rare qu'on abolît les contributions indirectes qu'on trouvait déjà établies. Souvent on en imposait d'extraordinaires. — Ce n'était pas l'État qui levait les impôts; on avait coutume de les donner à ferme[91]. Les chevaliers de Rome avaient formé des sociétés pour exploiter ce genre d'industrie, *publicani;* et ce fut la source principale de leurs grandes richesses[92]. Exceptionnellement le peuple ou le sénat accordait à une ville l'immunité des impôts et le privilége d'être exempte des cantonnements militaires[93].

Tout pouvoir était réuni dans les mains du gouverneur[94], dont les fonctions étaient confiées dans le principe à un préteur particulier, plus tard aux magistrats qui sortaient de fonctions, particulièrement aux ex-préteurs et aux ex-consuls, *pro prætore, pro consule fungebantur*[95]. Il avait ses lieutenants, auxquels il déléguait telle partie de l'administration

[85] Sauf l'exception mentionnée par Hyginus dans le passage cité ci-dessus § 32 note 60.

[86] Aussi cette propriété naturelle est-elle souvent tout simplement appelée *possessio*. Cic., *ad Att.*, VI, 1. 12. - Simplicius (ed. Goes., p. 76). — *Voy.* en général Appien, *de bellis civ.*, II, 140. - Cic., *in Rullum*, II, 4; *in Verrem*, III, 6. - Frontinus, *de agrorum qualit.*, (ed. Goes., p. 38). — *Voy.* en général ci-après § 178.

[87] Aggenus, *in Frontin.* (ed. Goes., p. 47). « (In provinciis) omnes etiam privati agri tributa atque vectigalia persolvunt. » — *Voy.* ci-dessus § 32, notes 59 et suiv.

[88] Cic., *in Verrem*, III, 6; *pro lege Manilia*, 6; *pro Flacco*, 8. - Appien, *de bellis civ.*, II, 140. V, 4.

[89] Il serait fastidieux de citer tous les passages qui établissent ce fait. Nous nous bornerons aux suivants : Cic., *in Verrem*, II, 53. 55. 56. - Appien, *de rebus punicis*, 135.

[90] Cic., *pro lege Manilio*, 6; *ad famil.*, XIII, 65.

[91] Cic., *in Verrem*, II, 3. 5. 8; *ad Att.*, I, 17; *ad Quintum fratrem*, 1, 1. 10 et *passim*.

[92] Cic., *pro Plancio*, 9. « Flos equitum Romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum reipublicæ publicanorum ordine continetur. » — *Declam. pro domo*, 28.

[93] Plebiscitum de Thermensibus. - Cic., *in Verrem*, II, 2, 69. II, 3. 6. II, 3. 21. - Tite-Live, XLV, 26.

[94] Souvent on laissait les anciens rois, mais en leur ôtant tout pouvoir réel; par exemple, Herode dans la Judée.

[95] *Voy.* ci-dessus § 27, notes 79 et 88.

ou du pays, qu'il jugeait convenable [96]. Les finances étaient confiées à un questeur, qui était indépendant du gouverneur et le remplaçait ordinairement en cas de mort ou de rappel [97].

Le gouverneur faisait des tournées dans sa province pour veiller à l'administration de la justice, *conventum facere, forum agere, judicia ordinaria habere* [98]. La juridiction criminelle sur les habitants de la province lui appartenait exclusivement; il avait même le droit de vie et de mort sur les citoyens, quand il exerçait le commandement militaire [99]. Toutefois on pouvait invoquer contre lui l'intercession des tribuns de la plèbe [100]. Il jugeait également les affaires civiles; mais en suivant la procédure usitée à Rome, c'est-à-dire en se bornant régulièrement à décider le point de droit, sauf à renvoyer l'examen des autres questions à un *judex* ou à des récupérateurs, pris parmi les citoyens ou les *peregrini* habitant la province, selon la condition des parties [1]. — Les municipes et colonies situées dans les provinces, ainsi que les autres villes libres, pour autant que le traité le leur eût accordé, se trouvaient en dehors de l'action régulière du gouverneur [2].

La conquête d'un pays ne le faisait pas participer au droit des Romains, les habitants conservaient donc leurs lois et coutumes [3]. Cependant les ordonnances des préteurs, qui suivaient naturellement plus ou moins les

[96] Cic., *in Vatin.*, 15. - Cornelius Nepos, *Atticus*, 6. - Fr. 4. 5. 6. 10. § 1. Fr. 11. 13. 15. D., *de officio proconsulis*, 1, 16.

[97] Cic., *divinat.*, 18; *in Verrem*, I, 15. II, 2, 8; *ad famil.*, XIII, 9. 10; *ad Att.*, VI. 6; *ad Quintum fr.*, I, 1. — Le questeur avait en outre la juridiction exercée à Rome par les édiles. Gaius, I, 5. 6. ci-dessus § 27, note 10.

[98] Cic., *in Verrem*, II, 29. V, 11; *ad fam.*, XV, 4; *ad Att.*, V, 14. 20. VI, 2. - César, *de bello gall.*, I, 54. VIII, 46. - Hirtius, *de bello Alex.*, 65. 66. 78. - Tite-Live, XXXIV, 48. - Virgile, *Æneid*, v, 758, et Servius, *ad h. l.* - Horace, *Sat*, I. 7, 22. - Juvénal, VIII, v. 127. - Suétone, *César*, 7. — Festus, vv. *Conventus. Forum.* - Gaius, I, 20. - Théophile, *ad Inst.*, I, 6, 4. - Le mot *conventus* désigne aussi les arrondissements judiciaires ou administratifs des provinces (*voy.* les énumérations dans les livres III, IV et V de l'*Histoire naturelle* de Pline.) Dans un sens plus étendu il comprend toute réunion et particulièrement les réunions que tenaient les citoyens romains établis dans un arrondissement provincial. *Voy.* en général Festus, v. *Conventus.*

[99] Cic., *in Verrem, passim.* - Valère-Maxime, VIII, 1, 2. - Aulu-Gelle, XII. 7. - Cf. Fr., 6, § 8, D., *de officio præs.*, I, 18. - Fr., 1, § 1. Fr., 5, § 1. D, *de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, 21. - Fr., 3, D., *de jurisdictione*, 2, 1.

[100] Plutarque, *Jules César*, c. 4.

[1] En Sicile, lorsque les deux parties étaient Siciliens, le juge appartenait à la même nation, tandis qu'il était de la nation du défendeur quand la contestation s'était élevée entre un citoyen romain et un provincial. Cic., *in Verrem*, II, 13. « Siculi hoc jure usi sunt, ut, quod civis cum civi agat, domi certet suis legibus... Quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus judex datur; quod Siculus a cive Romano, civis Romanus datur... » *Ibid.*, c. 14-18. 22-25. 37-38.

[2] *Voy.* ci-dessus § 37.

[3] Cic., *in Verrem*, II, 13. 22; *pro Flacco*, 30; *ad famil.*, XIII, 19. - Gaius, I, 193. 197. 198. III, 96. 120. 134. - Ulpien, XX, 14 et *passim.* — *Voy.* aussi ci-dessus § 33, note 84.

édits de leurs collègues de Rome, ne laissaient pas que de modifler graduellement les droits nationaux[4]. D'un autre côté, le droit des Quirites subit à son tour l'influence des autres législations et s'appropria insensiblement des institutions qu'il trouva établies dans les provinces[5].

A la fin de leur gestion, le gouverneur et le questeur étaient obligés d'en rendre compte. La loi *Calpurnia repetundarum* (605) établit un tribunal permanent pour les accusations de concussion, et la loi *Servilia* (648) promit le droit de cité à quiconque accuserait avec succès un gouverneur de province[6]. Mais tout cela n'empêchait pas que l'administration d'une province ne fût considérée comme un moyen infaillible de s'enrichir. Et il en devait être ainsi afin que le gouverneur fût à même de payer les dettes qu'il avait créées pour acheter les électeurs, et de couvrir les dépenses qu'il était obligé de faire après sa gestion pour ne pas être condamné du chef de concussion[7].

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

—

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 39.

Le droit romain, fixé par la législation des Douze Tables, commence à se développer et à s'élargir. Par suite des conquêtes et après que le droit de cité eut été accordé aux alliés, la loi de Rome devient celle de l'Italie entière. Mais si d'un côté le *jus civile* de la république remplace les droits nationaux des villes soumises[1], d'un autre côté il ne peut pas se soustraire

[4] CIC., *in Verrem*, II, 13; *ad famil.*, XIII, 48. - TITE-LIVE, XLV, 32. - ZONARAS, IX, 31, etc. —*Sous l'empire*, nous trouvons aussi des lois et sénatus-consultes qui contiennent des dispotions de droit privé appliquables aux *peregrini*. GAIUS, I, 47. D'après LE MÊME, III, 122, il serait possible que déjà du temps de la république la loi *Apuleia* (652) en eût donné l'exemple. *Voy.* ci-après tome II, § 343.

[5] Exemple : L'hypothèque et les *syngraphæ*. *Voy.* ci-après § 240, et tome II, § 527.

[6] LEX SERVILIA, c. 23. — CIC., *pro Balbo*, 24.

[7] « Quæ, quamquam gravis sunt, tamen consuetudine pro nihilo habentur. » SALLUSTE, *Jugurtha*, 31.

[1] AULU-GELLE, IV, 4. « ... Hoc jus sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Julia data est. » Cf. ci après t. III, § 388.

à l'influence que les lois des autres peuples devaient nécessairement exercer sur lui par suite des relations multipliées de Rome avec l'étranger. Les idées sévères et exclusives perdent de leur rigueur extrême; les Romains s'habituent à admettre les principes qu'ils trouvent établis chez tous les peuples et que par cela même ils considèrent comme étant fondés dans la nature des choses et antérieurs aux divers droits nationaux [2]. Toutefois l'autorité de ce *jus gentium* est faible encore; la législation n'en tient aucun compte. C'est le magistrat chargé de l'administration de la justice qui essaye de satisfaire l'opinion publique, en faisant valoir des principes plus larges et plus libres. Il est probable que l'établissement du préteur *peregrinus*, qui, par la nature de ses fonctions était obligé d'avoir quelque égard aux législations étrangères, favorisa beaucoup cette tendance. Les préteurs sont aidés dans leurs réformes par la science qui commence à naître et qui met déjà à profit la philosophie des Grecs. Toutefois, les jurisconsultes de notre époque ne s'occupent guère que de questions pratiques; ce n'est que dans l'époque suivante que la science du droit arrive à son apogée.

LÉGISLATION.

§ 40. *Décrets du peuple.* Leges. Plebiscita.

C'est dans le peuple que réside le pouvoir législatif. Nous avons vu ci-dessus comment il s'est fait que les décrets de la plèbe, *plebiscita*, obtinrent la même force obligatoire que ceux de la nation entière, *populiscita*, *leges centuriatæ*. A partir de cette époque, le nom de *leges* est donné à tous les décrets des comices; toutefois, un monument du huitième siècle distingue encore *leges* et *plebiscita* [3].

Quand un magistrat voulait faire voter une loi, il en publiait le projet, *lex promulgabatur*, et l'exposait aux yeux du peuple pendant trois jours de marché consécutifs, *per trinundinum*. Le peuple assemblé, il proposait la loi, *lex ferebatur*, et demandait qu'on allât aux voix, *rogatio*. Le vote se faisait au moyen de tablettes : chaque citoyen en recevait deux; sur l'une d'elles se trouvait le vote favorable (U. R. *uti rogas*), sur l'autre le vote négatif (A. *Antiquo. Antiqua probo*). Quand le projet était adopté, il s'appelait *lex jussa*.

[2] GAIUS, Fr. 1 pr. D. *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1. « Antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum. » Cf. CIC., *de legibus*, I, 5. 6. — § 1. I., *de jure naturali, gentium et civili*, 1, 2. « Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. »

[3] AULU-GELLE, X. 20. — TABULA HERACL., ligne 72, transcrite ci-après note 11.

Ceux qui proposaient une loi y mêlaient parfois des choses hétérogènes, afin de faire passer une proposition avec l'autre; car le peuple, ne pouvant voter que sur l'ensemble du projet, se résignait souvent à consentir des dispositions défavorables pour en obtenir d'autres avantageuses. On appelait de pareilles lois *leges saturæ* [4]. Cet usage fut interdit par une loi *Cæcilia Didia* (656).

Une loi pouvait être abrogée ou modifiée par une loi postérieure, *abrogare, derogare, subrogare, obrogare* [5]. On avait toujours soin de déterminer avec la plus grande précision en quoi une loi nouvellement portée devait influer sur la législation existante [6].

Les lois étaient ordinairement divisées en chapitres et finissaient par une sanction pénale contre quiconque y contreviendrait, *leges sacratæ* [7]. L'acte contraire à la loi était généralement frappé de nullité. La loi qui ne contenait pas semblable disposition s'appelait *imperfecta*. Elle pouvait être *plus quam perfecta* quand elle prononçait la nullité de l'acte et en outre une peine; elle était *minus quam perfecta* quand elle prononçait une peine sans annuler l'acte [8].

On désignait une loi par le *nomen gentile* du magistrat qui l'avait portée : *Lex Publilia, Servilia*. Quand il y avait plusieurs lois du même nom, on les distinguait ordinairement en ajoutant le *cognomen* de l'auteur : *Lex Servilia Cæponis. Lex Julia Cæsaris*. Les lois proposées par un consul portaient les noms des deux consuls; le nom de celui qui l'avait proposée était le premier : *Lex Valeria Horatia*. Souvent on ajoute l'objet auquel la loi se rapporte : *Lex Sempronia judiciaria. Lex Calpurnia repetundarum. Lex Julia de vi privata.*

[4] *Leges saturæ*, c'est-à-dire *lois pot-pourri*. Festus, v. « *Satura* et cibi genus ex variis rebus conditum est, et lex multis aliis legibus conferta... » - Isidore, *Orig.*, IV, 10. — Sur la loi *Cæcilia Didia, voy.* Cic., *Philipp.*, V, 3; *ad Att.*, II, 9. *Declam. pro domo*, c. 20, *in f.*

[5] Tite-Live, VII, 17. « In XII tabulis legem esse, ut quodcunque postremum populus jussisset, id jus ratumque esset. » — Ulpien, Pr. § 3. « Lex aut *rogatur*, id est fertur; aut *abrogatur*, id est prior lex tollitur; aut *derogatur*, id est pars primæ legis tollitur; aut *subrogatur*, id est adjicitur aliquid primæ legi; aut *obrogatur*, id est mutatur aliquid ex prima lege. »

[6] A cet effet on se servait de certaines formules sacramentelles: E. H. L. N. R. (ejus hac lege nihil rogatur). — S. Q. S. S. E. Q. N. I. S. R. E. H. L. N. R. (Si quid sacri sanctique est, quod non jus sit rogari, ejus hac lege nihil rogatur). — De impunitate si quid contra alias leges, ejus legis, ergo, factum sit. *Voy.* Tab. Heracl., lignes 52. 65. 67. 76. 79. 81. 82. - Lex de Gallia cisalp., c. 21. - Valerius Probus, *de notis rom. interpret.*, ed. Gothofr., p. 1473.

[7] Cic., *pro Balbo*, 14; *fragm. Cornel.*

[8] Macrobe, *in Somn. Scip.*, in f. « Inter leges quoque illa *imperfecta* dicitur in qua nulla deviantibus pœna sancitur. » - Ulpian, Pr. § 1, XXX. « ... Probibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit... » § 2. « *Minus quam perfecta* lex est quæ vetat aliquid fieri, et, si factum fit, non rescindit, sed pœnam ei injungit qui contra legem fecit : qualis est lex Furia testamentaria, etc. » — *Voy.* encore Gaius, II, 225, et ci-après t. II, § 335.

Le nombre des lois votées pendant la république est très-considérable ; mais il y en a peu qui se rapportent au droit privé. Encore, celles qui s'occupent de réformes à cet égard sont-elles pour la plupart des décrets de la plèbe. Nous les mentionnerons quand nous traiterons des matières qu'elles concernent [9].

§ 41. *Décrets du sénat,* Senatus consulta.

Les historiens modernes ne s'accordent guère sur la force obligatoire que les décrets du sénat auraient eue du temps de la république. Beaucoup d'entre eux ne leur reconnaissent point force de loi, en se fondant particulièrement sur Tacite, qui dit dans ses *Annales* que ce ne fut que sous Tibère que les comices furent transférés au sénat [10]. Mais il est évident que dans ce passage il s'agit d'élections et non point de l'exercice du pouvoir législatif. De plus il résulte des témoignages les plus précis des auteurs les plus compétents que déjà du temps de la république les décrets du sénat légalement rendus avaient force obligatoire et formaient une source de droit assez importante [11]. Cela était, au reste, dans la nature des choses. Il est, en effet, évident que les décrets rendus par le sénat dans le cercle

[9] Antonius Augustinus, Manutius, Charondas, Bach ont recueilli les lois dont nous avions connaissance. Les nouvelles découvertes en ont augmenté le nombre. M. Hugo, dans son *Histoire du droit romain,* a indiqué les lois qui se rapportent au droit privé.

[10] Tacite, *Ann.*, I, 15. « Tum primum e *campo comitia* ad *patres* translata sunt. » Ce qui du reste prouve à toute évidence qu'il ne s'agit point dans ce passage d'assemblées législatives, c'est que nous trouvons encore des *leges* sous les empereurs Claude et Nerva. *Voy.* ci-après, § 62. – Montesquieu a pensé que les sénatus-consultes n'avaient eu force obligatoire que pour un an. Cette erreur provient sans doute d'un passage de Denys d'Hal., IX, 45. où les consuls refusent d'exécuter un sénatus-consulte qui ordonne une distribution de terres. et fondent en effet ce refus sur ce « que le décret, ayant été rendu sous le consulat précédent, n'est plus obligatoire pour l'année actuelle. » Mais tout prouve que ce raisonnement est un misérable sophisme des consuls, qui ne cherchaient qu'un prétexte pour se soustraire à l'exécution d'un décret favorable à la plèbe.

[11] Tabula Heracl., ligue 72. « Nisi quibus utrique leg. (legibus) pl. ve. sc. (plebisvescitis) s. ve. c. (senatusveconsultis) concessum permissum erit. » – Cic., *Topica,* 5. « ... jus civile... id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, æquitate consistat. » – Le même, *de legibus,* II, 6. « Igitur tu Titias et Apulejas leges nullas putas? » Ego vero ne Titias quidem. « Et recte, quæ præsertim *uno versiculo senatus... sublatæ sint.* » Denys d'Hal., VII, 18. Ταῦτα δὲ ὁρῶσι τοῖς ὑπάτοις ἐδόκει τῆς βουλῆς ἐπιτρεπούσης στρατοπέδων ποιεῖσθαι καταγραφὴν ... ἀλλ' οὐκ ἦν τὸ πλῆθος ὑπήκοον αὐτοῖς.... ἀνάγκην δὲ προσφέρειν τοῖς μὴ βουλομένοις οὐκ ἐδικαίουν τὴν ἐκ τῶν νόμων οἱ ὕπατοι. – Hosace, *Épitres,* I, 16, vers 41. « Qui consulta patrum, qui leges juraque servat. » – Ulpien, Fr., 9, D., *de legibus, senatusc.* I, 3. « Nou ambigitur senatum jus facere posse. » — § 3, I, *de jure nat. gent. et civ.* I, 2. « Leges, plebiscita, senatusconsulta, principum placita. » — Gaius, I, 4. « Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit. Idque legis vicem obtinet quamvis fuit quæsitum. » – Le même, IV, 110. « ... Actiones quæ ex lege senatusconsultisve proficiscuntur. »

de ses attributions ont dû, de tout temps, avoir force obligatoire, aussi bien que les ordonnances et arrêtés de l'autorité exécutive et administrative dans nos constitutions modernes. Mais comme, dans le principe, la compétence de ce corps se trouvait de droit et de fait restreinte aux affaires religieuses, aux relations extérieures et à l'administration des finances, les sénatus-consultes se rapportaient à ces matières exclusivement et ne s'occupaient surtout point du droit privé. Nous avons vu ci-dessus comment l'autorité et le pouvoir du sénat s'accrurent par suite des conquêtes et des agitations intérieures qui suivirent la dernière émigration de la plèbe; d'après deux témoignages, un peu récents à la vérité, ce serait même la loi Hortensia, rendue à cette occasion, qui aurait donné aux sénatus-consultes une autorité égale à celle des lois [12], ce qui, au reste, devait paraître peu dangereux en présence du droit d'intercession absolue que les tribuns avaient à l'égard de toute résolution du sénat. Dans tous les cas, bien que la chose ait pu éprouver quelque difficulté dans le principe, il est certain que déjà sous la république les sénatus-consultes pouvaient modifier l'application des lois existantes, voire même les abolir, au moins indirectement [13]. De cette manière le sénat se trouvait, sous l'empire, après la disparition des comices, la seule autorité ayant un caractère législatif [14].

EN DEHORS DE LA LÉGISLATION.

Les édits des magistrats, Edicta magistratuum. Jus honorarium.

§ 42.

Avant de démontrer l'influence que les édits des magistrats, particulièrement ceux des préteurs, ont exercée sur le développement du droit romain, il importe de dire quelques mots sur la nature des édits.

On entend, en général, par *édit* toute ordonnance publiée par un magistrat [15].

[12] *Voy.* ci-dessus § 23, notes 47. 51; ainsi que POMPONIUS, Fr. 2. § 9, *de origine juris*, 1, 2. « Deinde (lege Hortensia lata)... cœpit senatus se interponere et quidquid constituisset, observabatur : idque jus appellabatur senatusconsultum, » et surtout THÉOPHILE, *ad Institutiones*, 1, 2. 5.

[13] CIC., *de legibus*, II, 6. « Leges... uno versiculo senatus sublatæ. » - GAIUS, I, 4. « Senatusconsultum... legis vicem obtinet, quamvis fuit quæsitum. » - ASCONIUS, *in Cornel.* (p. 67, éd. Orelli). « Quatuor omnino genera sunt in quibus per senatum more majorum statuatur aliquid de legibus. Unum est ejusmodi, placere legem abrogari; alterum quæ lex lata esse dicatur, ea non videri populum teneri; tertium est de legum derogationibus.... »

[14] *Voy.* ci-après § 63.

[15] E DICERE, dire dehors, publier. — CIC., *in Pisonem*, 8. - TITE-LIVE, XXVIII, 23. - AULU-GELLE, XIII, 15.

En entrant en fonctions, les magistrats avaient l'habitude d'exposer les principes d'après lesquels ils apprécieraient et décideraient les différents cas qui pourraient leur être soumis dans leur administration, et particulièrement les cas que la loi n'avait pas spécialement prévus [16]. Ces édits s'appelaient *edicta perpetua* (ceux des préteurs aussi *jurisdictionis perpetuæ causa proposita*), en opposition à ceux que les magistrats donnaient pour un cas particulier, *prout res incidit* [17].

Ainsi, nous trouvons des édits des consuls, des censeurs, des tribuns, des édiles [18]; mais les plus importants pour nous sont naturellement ceux des magistrats chargés de l'administration de la justice, les édits des préteurs. La loi *Cornelia* (687) ordonna aux préteurs de suivre religieusement leurs édits [19]. Ce caractère obligatoire n'était attribué à l'édit que pour l'année de la magistrature du préteur qui l'avait porté [20]. Son successeur publiait un nouvel édit, dans lequel il conservait ordinairement une partie de celui de son prédécesseur. Ce qui passait ainsi successivement dans plusieurs édits, *tralatitium*, avait naturellement par l'usage une plus grande autorité, et devait acquérir à la longue le caractère de droit coutumier [21].

Les anciens appellent l'édit la vive voix du droit romain, et un jurisconsulte célèbre dit que le droit prétorien fut introduit dans l'intérêt de tous les citoyens, pour aider, suppléer et même corriger le droit légal [22].

[16] Pomponius, Fr. 2, § 10, D., *de origine juris*, 1, 2. « Magistratus jura reddebant; et ut scirent cives, quod jus de qua re quisque dicturus esset, seque præmunirent, edicta proponebant; quæ edicta prætorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore prætoris venerat. » — Cf. Cic., *de finibus*, II, 22. « Est enim tibi (jam eum magistratum inieris et in concionem adscenderis) edicendum, quæ sis observaturus in jure dicendo. »

[17] Asconius, *ad Cic. or. Corn.*, cité dans la note 19. - Fr. 7, pr. D., *de jurisdict.*, 2, 1. « ... Id, quod jurisdictionis perpetuæ causa, non prout res incidit... propositum erit. »

[18] A) Tite-Live, XXIII, 32. XXIV, 11. XXXIX, 17.-Dion Cass., LV, 6.-Aulu-Gelle, XIII, 15. « In edicto consulum, quo edicunt, qui dies comitiis centuriatis futurus sit... » — B) Corn. Nepos, *Caton*, 2. « Cato censor factus... multas res novas addidit in edictum, quare luxuria reprimeretur. » - Tite-Live, XXXIX, 44.-Pline, *H. N.*, XIII, 3. XIV, 16. XXVI, 2. - Aulu-Gelle, XV, 11. — C) Cic. *in Verrem*, II, 2, 41. « ... Cum eorum (tribunorum) edicto non liceret quemquam Romæ esse, qui rei capitalis condemnatus esset, etc. » — D) Tit., D., *de Ædilitio edicto*, 21, 1. - § 1. 1, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 4, 9.

[19] Le motif de cette loi, qui était d'assurer l'impartialité du préteur, est suffisamment indiqué dans le passage suivant d'Asconius, *in argum. Cornel.* « Lex Cornelia sanxit : ut prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent, quæ res tum gratiam ambitiosis prætoribus, qui varie jus dicere assueverant, sustulit. » — *Voy.* encore Dion Cass., XXXVI, 23.

[20] De là « edictum annuum, lex annua, » ce qui est synonyme du terme « edictum perpetuum. » Cic., *in Verrem*, II, 1, 42.

[21] Cic., *in Verrem*, II, 1, 40 - 46; *de invent.*, II, 22. « Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit... Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere consueverunt. »

[22] Cic., *in Verrem*, II, 44. « Posteaquam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus. » - Marcianus, Fr. 8, D., *de justitia et jure*, 1, 1. « Viva vox juris civilis. » - Papi-

En effet, nous trouvons que souvent le préteur accorde protection à des droits reconnus, mais non pas garantis, par la loi (*adjuvandi gratia*); souvent aussi il applique des dispositions déjà existantes à des cas non prévus et comble ainsi les lacunes de la législation (*supplendi gratia*); quelquefois même il agit contre les prescriptions de la loi (*corrigendi juris civilis gratia*).

§ 43.

Mais comment un juge, chargé d'appliquer la loi, a-t-il pu se permettre de la modifier, et même de la violer? Et comment les ordonnances d'un magistrat, qui n'avait point de pouvoir législatif, ont-elles pu avoir une autorité égale, et même supérieure, à celle de la loi? — Ces questions ont beaucoup embarrassé les érudits modernes. Et cependant nous voyons tous les jours des faits analogues se produire sous nos yeux sans que personne s'en étonne. En effet, ne trouve-t-on pas tout naturel que la jurisprudence du tribunal suprême « étende les principes de la loi, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées? qu'elle s'empare des intérêts que la loi n'a pas satisfaits, qu'elle les protége et qu'elle les fasse prédominer par des essais continus [23] »? Les mêmes causes qui ont fait attribuer cet immense pouvoir à la cour de cassation se retrouvent dans l'institution des préteurs, mais plus générales et plus puissantes. Aussi permettent-elles au préteur d'aller plus loin.

Ce n'est que chez lui que le citoyen pouvait réclamer justice; lui seul décidait toutes les questions de droit. Ces décisions, il est vrai, n'étant que des actes isolés, ne formaient pas de règles générales. Mais les principes énoncés dans l'édit annuel étaient appliqués pendant toute la durée de la magistrature et passaient même ordinairement aux magistratures suivantes. D'ailleurs, l'uniformité des décisions forçait les citoyens à regarder comme obligatoires les principes qui les avaient dictées. Et qu'on ne perde pas de vue que les magistrats romains jouissaient d'un pouvoir arbitraire dont l'exercice n'était restreint que par la responsabilité que leurs actes pouvaient leur faire encourir. — Or, il est évident que cette responsabilité n'était guère à craindre quand le préteur se laissait guider par l'équité et par l'opinion publique, qui seule pouvait être appelée à juger ses actes [24].

NIANUS, Fr. 7, D., *eod.* « Jus prætoriom... prætores introdnxerunt *adjuvandi*, vel *supplendi*, vel *corrigendi juris civilis* gratia, propter utilitatem publicam. » - Pr 1, *de bonorum possessionibus*, 3, 9. « Jus booorom possessionis introductum est a prætore, emendandi veteris juris gratia. »

[23] PORTALIS, *Discours préliminaire du projet du code civil.*

[24] S'il ne le faisait pas, il s'exposait certainement à des poursuites. C'est aiosi qu'on des chefs d'accusation contre Verrès était d'avoir fait entrer dans son édit des dispositions qui

C'est ainsi qu'il lui était possible de lutter contre la lettre et même contre l'esprit de la loi, d'autant plus que la législation, ne s'occupant guère du droit privé, finit bientôt par n'être plus en harmonie avec les mœurs de la nation. Cet état de choses fit naturellement sentir le besoin d'introduire des réformes dans la législation, surtout à l'époque où les rapports plus fréquents et plus intimes avec les nations étrangères montrèrent aux Romains l'insuffisance de leur droit sévère et exclusif, et firent naître chez eux des idées plus libérales. Ce fut donc pour le préteur à la fois un devoir et un moyen de gagner la faveur du peuple que d'adoucir la rigueur du droit civil en le modifiant par des règles qu'il trouvait fondées en équité ou établies et reçues chez les autres nations, *jus gentium*. Il est probable que les premiers pas dans cette voie ont été faits par le préteur des étrangers que la nature de ses fonctions forçait à tenir compte du *jus gentium ;* mais le préteur urbain ne laissa pas que d'obéir à la même impulsion, en introduisant dans son édit les institutions et principes dont l'expérience, faite par son collègue, avait prouvé l'utilité.

§ 44.

Pour comprendre les moyens dont le préteur disposait pour réformer le droit légal, il faut se rappeler que c'était à lui d'examiner la question de droit qui se présentait dans un procès avant de décider s'il fallait renvoyer les parties devant un *judex,* en d'autres termes s'il fallait accorder au demandeur l'action et la formule qu'il demandait (§ 36). Or, s'il résultait de cet examen que les conclusions du demandeur étaient fondées sur la loi, mais que dans l'espèce il pouvait y avoir des circonstances favorables au défendeur, le préteur ne pouvait pas refuser l'action, mais il ordonnait au juge de ne pas condamner au cas que les faits allégués par le défendeur fussent trouvés vrais. Il insérait une exception dans la partie de la formule qui contient la condamnation [25]. Au moyen de ces *exceptiones*, il protégeait

avaient pour but de dépouiller ses administrés. *Voy.* Cic., *in Verrem*, II, 1. 40. 60. Mais ce sont des exceptions. En général, les préteurs suivirent une marche sage ; les changements qu'ils introduisirent étaient considérés comme de véritables réformes et reçus par l'assentiment général. — Cic., *de invent.*, II, 22. « Voluntate omnium sine lege comprobatum. » - *In Verrem,* II, 1. 44. « Posteaquam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus. » Dans un autre passage, *de legibus,* I, 5, il fait dire à Atticus, que la plupart de ceux qui veulent s'instruire dans la science du droit apprennent plutôt l'édit du préteur que les lois.

[25] Pr. I., *de exceptionibus,* 4. 13. « ... Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, *justa* sit, tamen *iniqua* sit adversus eum, cum quo agitur. » § 1. « Verbi gratia si *metu coactus,* aut *dolo inductus,* aut *errore lapsus* stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, jure civili te obligatum esse (parce que la loi dit que *toute* stipulation, c'est-à-dire promesse formelle, entraîne une obligation); et actio qua intenditur, dare

donc la bonne foi contre les chicanes et les manœuvres frauduleuses. Aussi, une des exceptions les plus fréquentes et les plus importantes est l'*exceptio doli*.

Mais le préteur ne se bornait pas à défendre; le cas échéant, il accordait une protection plus efficace en donnant une action à celui à qui une exception n'aurait pu servir. Pareille action était ordinairement créée pour des cas qui, sans être identiques à ceux prévus par la loi, présentaient cependant avec eux quelque analogie. Un exemple servira à rendre plus clair ce que nous venons de dire. La propriété jouissait chez les Romains d'une protection absolue; le propriétaire qui avait perdu la possession de la chose pouvait la reprendre dans quelque main qu'elle se trouvât. A cet effet, il avait une action qui suivait la chose partout, une *in rem actio*, appelée *rei vindicatio*. Mais pour qu'il pût se servir de ce moyen, il fallait qu'il eût acquis d'une manière conforme au *jus civile* des Romains, *ex jure Quiritium*. Or, d'après le *jus civile*, la propriété de certaines choses, par exemple des immeubles à Rome, ne pouvait être transmise que par un mode solennel, par *mancipatio* ou *in jure cessio*. Si donc quelqu'un me vendait et me transmettait son fonds sans accomplir ces formalités, je n'acquérais pas la propriété romaine, bien que je fusse considéré comme propriétaire d'après le droit naturel, et qu'en exerçant aux yeux de tous les citoyens ma propriété naturelle pendant deux ans, je pusse par *usucapio* lui donner le caractère de propriété romaine. Mais tant que cette usucapion n'était pas accomplie, je ne pouvais intenter la *rei vindicatio*. Cependant il est évident que personne au monde n'a de meilleur droit sur la chose que moi; et il paraît tout à fait équitable de m'accorder la protection due au véritable propriétaire. C'est ce que fit le préteur Publicius au moyen d'une fiction qui faisait considérer le possesseur comme ayant déjà accompli l'usucapion, et par conséquent comme ayant acquis la propriété romaine[26]. A ce titre, il lui accorda une action analogue à la *rei vindicatio*, *Publiciana in rem actio*. De pareilles actions créées par analogie s'appellent *utiles actiones*.

te oportere, efficax est : sed iniquum est, te condemnari ; ideoque datur tibi exceptio *metus causa*, aut *doli mali*, aut *in factum* composita, ad impugnandam actionem. » — *Voy.* encore § 2-5, I, *eodem* : - GAIUS, IV, 116. 117, et ci-après § 149.

[26] GAIUS, IV, 36. « ... Datur autem hæc actio (Publiciana) ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit; nam, quia non potest eam *ex jure Quiritium* suam esse intendere, *fingitur* rem usucepisse, et ita *quasi* ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo, JUDEX ESTO ; SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, et reliqua. » Gaius parle ici de la propriété d'un esclave qui, en sa qualité de chose mobilière, peut être usucapé par la possession d'un an. Les immeubles ne pouvaient être usucapés que par une possession de deux ans. *Voy.*, au reste, pour les détails, ci-après §§ 178. 208.

Les préteurs allèrent plus loin ; ils ne se bornèrent pas à accorder des actions utiles, ils en inventèrent même de nouvelles pour des cas qui ne présentaient aucune analogie avec les principes du *jus civile*, mais où l'équité réclamait trop impérieusement leur intervention. Lorsque, par exemple, une convention surprise par la fraude ou extorquée par la violence avait été exécutée par la partie lésée, une exception ne pouvait servir de rien, puisque l'exception n'est que la défense à une action, et que la partie adverse, ayant déjà obtenu ce qu'elle voulait, n'avait plus besoin d'intenter une action. Il n'y avait donc d'autre moyen de rendre à la partie victime de la fraude ou de la violence ce qu'elle avait perdu, que de lui donner une action [27]. Ces actions, qui n'étaient point fondées sur une règle du *jus civile*, mais uniquement sur des considérations d'équité résultant des faits particuliers de l'espèce, s'appelaient *in factum conceptæ*, en opposition aux autres, *in jus conceptæ*, c'est-à-dire basées sur un principe général de droit [28].

Quelquefois même, quand il ne trouvait point d'autre moyen de réparer ou de prévenir une lésion, le préteur, usant de son *imperium*, anéantissait les actes qui avaient produit cette lésion ou le faisaient craindre, quoique ces actes fussent valides d'après le droit civil. Il remettait les choses dans l'état où elles s'étaient trouvées avant l'acte, *in integrum restituere*. Mais ce moyen extrême n'était employé qu'avec la plus grande précaution, et on ne tarda pas à le soumettre à des règles fixes que nous exposerons quand nous traiterons de la restitution en entier [29].

En vertu de son pouvoir de magistrat, le préteur pouvait prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de ses ordonnances : c'était pour lui un nouveau moyen de combler les lacunes du *jus civile*. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, quand la maison de mon voisin menace de s'écrouler et de me causer par là un dommage quelconque, je puis m'adresser au préteur, lequel ordonnera au voisin de réparer la maison ou de me fournir caution du chef du dommage à venir, *cautio damni infecti*, c'est-à-dire *nondum facti*. S'il n'obéit pas, le préteur m'envoie provisoirement en possession de la maison, *missio in possessionem*, et m'en attribue même la propriété par une ordonnance ultérieure, *missio ex secundo decreto*, si les réparations nécessaires ne se font pas [30].

Il nous reste à parler des *fictions*, dont les préteurs usaient fréquemment, et qui leur permettaient d'introduire bien des réformes dans la

[27] *Actio de dolo, actio quod metus causa*. — Fr. 1 D., *de dolo malo*, 4, 3. « Hoc edicto Prætor adversus varios et dolosos qui aliis obfuerunt calliditate quadam, subvenit : ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa. Verba autem edicti talia sunt : QUÆ DOLO MALO FACTA ESSE DICUNTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT ET JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, JUDICIUM DABO. »

[28] *Voy.* ci-après §§ 135 et 139.

[29] *Voy.* ci-après §§ 158-160.

[30] *Voy.* ci-après §§ 156 et tome II, § 362.

législation. Nous en avons vu un exemple dans l'action publicienne, qui repose sur la fiction que le demandeur aurait accompli une usucapion que réellement il n'avait fait que commencer. Des fictions analogues se trouvent dans plusieurs autres *actiones utiles*. L'exemple le plus important en est la *bonorum possessio*, institution prétorienne qui finit par renverser entièrement la partie du *jus civile* qui réglait les successions à cause de mort. Les principes du droit romain sur ces successions étaient empreints au plus haut degré de la rigueur des mœurs anciennes. La législation ne s'en était presque pas occupée; de sorte qu'à une époque plus avancée la stricte exécution de la loi eût blessé tous les sentiments. Dans cet état de choses, le préteur se fit l'interprète de l'opinion publique, et chercha à conférer la succession non pas aux personnes désignées par la loi, mais à celles que l'équité naturelle semblait appeler à recueillir les biens délaissés. A cet effet, il envoyait ces dernières en possession des biens, *bonorum possessio*, et les y maintenait par tous les moyens que la loi mettait à sa disposition, soit en les protégeant contre les poursuites des véritables héritiers, soit même en leur donnant des actions analogues à celles qui n'étaient accordées par la loi qu'à ces derniers. De cette manière les *bonorum possessores*, sans être héritiers titulaires, avaient cependant tous les avantages qui auraient pu résulter de cette qualité [31].

§ 45.

Tout préteur disposait des moyens que nous venons d'analyser; mais ce sont principalement les édits des deux Préteurs résidant à Rome qui exercent une grande influence sur le développement du droit romain. Il parait qu'on les désignait tous deux par le nom d'*edictum urbanum* ou *urbicum* [32]. Les préteurs des provinces suivirent, en général, dans leurs édits, *edictum provinciale*, l'impulsion donnée par leurs collègues de Rome [33].

Outre les édits des préteurs, nous remarquons comme importants pour le droit privé ceux des Ediles curules, lesquels, en leur quantité d'administrateurs de la police, avaient la surveillance des rues et marchés ainsi que des opérations (particulièrement des ventes) qui s'y faisaient [34].

[31] *Voy.* tome III, §§ 438-453.

[32] On tire cette conséquence de ce que Gaïus a écrit deux ouvrages, l'un *ad edictum urbicum*, l'autre *ad edictum provinciale*. Fr. 42. 51. 55-73, D., *de regulis juris*, 50. 17. — *Voy.* en général LEX DE GALL. CISALP., c. XX, lin. 24. 25. « Eam stipulationem, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicit, in albo propositam habet. » - GAIUS, I, 6. - THÉOPHILE, I, 2, 7.

[33] CIC. *ad famil.*, III, 8; *ad Attic.*, V, 21, VI, 1; *in Verrem*, II. 1, 46; 3, 65.

[34] PLAUTE. *Captivi*, IV, 2, 43. - CIC., *de off.*, III, 17. - AULU-GELLE, IV, 2. - GAIUS, I, 6. - TITT., D., *de Ædilitia edicto*, 21, 1. - § 1. I. *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 4, 9. — *Voy.* tome II, §§ 296. 364 vers la fin.

Le droit qui se formait par les édits s'appelait *jus honorarium* (de *honores*, magistratures), en opposition au *jus civile*, c'est-à-dire à l'ancien droit coutumier, fixé et modifié par la loi des Douze Tables, et développé ultérieurement tant par l'autorité législative que par la scieuce [35].

Jurisconsultes (Auctoritas prudentum).

§ 46.

Quoique par la publication des Douze Tables le texte de la loi eût été porté à la connaissance de tous les citoyens, les patriciens cependant, seuls chargés de l'appliquer, surent pendant longtemps envelopper d'un secret impénétrable les formalités d'application et la pratique des lois. Les pontifes surtout étaient les dépositaires de ces mystères [36]. C'était à eux qu'il fallait s'adresser également pour savoir les jours auxquels il était permis d'agir en justice, *dies fasti*. La loi *Hortensia* avait, à la vérité, ordonné que le préteur siégerait tous les jours de marché, *nundinæ;* mais, comme d'un côté la superstition ne tarda pas à créer un grand nombre de *dies nefasti*, c'est-à-dire des jours auxquels rien de public ne pouvait être traité et qui pouvaient fort bien tomber un jour de marché, et que d'un autre côté les jours destinés aux assemblées du peuple, *dies comitiales*, pouvaient, quand il n'y avait pas de réunion, servir aux besoins de la justice [37], il s'introduisit bientôt un tel désordre dans cette division, que le simple citoyen était obligé

[35] *Jus honorarium, prætorium — jus civile.* Cic., *Topica*, 5. - Ulpien, XXII, 24. - Papinianus, pr. 7. § 1. D., *de justitio et jure*, I. 1. - Pomponius, Fr. 2, § 5. 10. 12. D., *de origine juris* I, 2. - Fr. 3, § 1. D., *de pecunia constituto* 13, 5. - Fr. 23, D., *qui testamenta facere possunt* 28, 1. - Pr. § 1. 1, *de bonorum possessionibus*, 3, 9.

[36] Cic., *de oratore*, 1, 41; *de legibus*, II, 8; *pro Murena*, 12. - Tite-Live, IV, 3. VI, 1. IX, 41. - Denys d'Hal., X, 1. - Macrobe, *Saturn.*, 1, 15. - Pomponius, Fr. 2. § 5. 6. D., *de orig. juris*, 1, 2. « His legibus (XII tabularum) latis cœpit, ut naturaliter evenire solet, ut *interpretatio* desideraret prudentium auctoritatem necessariamque *disputationem fori* (les plaidoiries). Hæc disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur... sed communi nomine appellatur jus civile. Deinde ex his legibus... *actiones* compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent : quas actiones, ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt, et appellatur hæc pars juris legis actiones. Et ita eodem pæne tempore tria hæc jura nata sunt, *leges XII tabularum;* ex his fluere cœpit *jus civile;* ex iisdem *legis actiones* compositæ sunt. »

[37] Varron, *de l. l.*, VI, 29. « Dies fasti per quos prætoribus omnia verba sine piaculo licet fari... 30. Contrarii horum (fastorum et comitialium) vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari prætorem : do, dico, addico ; itaque non potest agi... » - Ovide, *Fastes*, I, 47. « Ille nefastus erit per quam tria verba silentur. Fastus erit, per quem lege licebat agi. » *Ibid.*, 53.—Macrobe, *Saturn.*, I, 16. « Comitiales sunt quibus cum populo agi licet. Et fastis quidem lege agi potest, cum populo non potest ; comitialibus utrumque potest. » - Le Même, XIV, 1, « Sed lege Hortensia effectum, ut fastæ essent (nundinæ). uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent ... » - Festus, v. *Nundinas.*

d'avoir recours aux pontifes qui déterminaient les jours de justice au moyen de tables chronologiques. L'avénement des plébéiens à la préture ne mit pas fin à cet état de choses. Ce ne fut que trente ans plus tard (450) qu'un certain Cn. Flavius, scribe et protégé d'Appius Claudius Cæcus, publia un tableau des *dies fasti* et *nefasti*, qu'il exposa publiquement dans le *forum*, et un recueil de formules, *actiones*, qui fut connu sous le nom de *jus civile Flavianum* [38]. D'après Pomponius, Flavius aurait dérobé ces renseignements à son protecteur Appius et les aurait publiés à son insu; mais le récit de Pline, suivant lequel Appius lui-même aurait favorisé cette publication, se concilie mieux avec ce que nous savons du rôle politique de ce fier ambitieux, qui chercha plus d'une fois à se rendre agréable à la masse, afin d'arriver plus sûrement au pouvoir absolu [39]. Ce fut aussi la faction d'Appius qui porta Flavius à l'édilité [40].

Quoi qu'il en soit, ces publications mirent fin à l'exploitation ténébreuse des patriciens et des prêtres. L'admission des plébéiens au pontificat dut nécessairement répandre davantage la science du droit; et nous lisons que Ti. Coruncanius, le premier grand pontife plébéien, fut aussi le premier qui enseigna la science du droit publiquement [41].

Son exemple fut suivi par beaucoup d'autres hommes éminents. Les jeunes gens se formaient à l'étude des lois en assistant aux plaidoiries et aux consultations [42]. Les jurisconsultes ne constituaient pas une profession distincte; les hommes d'État se préparaient à leur carrière par l'étude du droit, et l'éloquence judiciaire devint bientôt un moyen puissant d'acquérir une brillante réputation. Mais les jurisconsultes ne se bornèrent pas à étudier le droit existant; par la nature même de leurs occupations, ils furent amenés à le développer et à y introduire des réformes. Consultés par les citoyens sur toutes les transactions civiles, ils donnaient leurs avis sur les questions contentieuses, et rédigeaient pour les actes, tant judiciaires qu'extrajudiciaires, des formules dans lesquelles ils avaient soin d'insérer les clauses et réserves nécessaires pour mettre leurs clients à l'abri d'une interprétation favorable, *respondere; scribere; cavere* [43]. En commentant et en appliquant ainsi le droit en vigueur, ils en découvrirent les lacunes, ils rencontrèrent des complications difficiles que la combinaison des diffé-

[38] Pomponius, Fr. 2. § 5. 7. D., *de origine juris*, I, 2. « Ille liber qui actiones continet, appellatur *jus civile Flavianum*, sicut ille *jus civile Papirianum*; nam nec Cn. Flavius de suo quidquam adjecit libro. »

[39] Fr. 2, § 7, D., *eod.* « Subreptum librum. » — Pline, *H. N.*, XXXIII, 6 (1). *Voy.* encore Cic., *de orat.*, I, 41 (43); *pro Murena*, 12; *ad Attic.*, VI, 1. - Macrobe, *Saturn.*, I, 15.

[40] « Forensis factio. » Tite-Live, IX, 46.

[41] Fr. 2, § 35. 38, D., *de orig. juris*, 1, 2. « Publice professus. » — Cic., *de oratore*, III, 33. *Voy.* encore sur Ti. Coruncanius, comme jurisconsulte. Cic., *de orat.*, III, 15; *Brutus*, 14; *de senect.*, 9.

[42] Cic., *de oratore*, I, 49; *Topica*, 1; *pro Murena*, 9.

rentes dispositions légales et des conventions particulières devait nécessairement faire naître. Ils se trouvaient donc sur le même terrain que le préteur ; aussi usaient-ils des mêmes moyens, mais naturellement avec moins de hardiesse. C'est surtout en étendant un principe reconnu à des cas analogues, et en employant les fictions, moyen si conforme à l'esprit cauteleux des Romains, qu'ils secondèrent le préteur dans ses réformes, et que souvent même ils le dévancèrent. Leurs opinions et particulièrement les réponses qu'ils donnaient sur une consultation, *responsa*, n'avaient certes qu'une puissance morale ; mais quand elles avaient été adoptées par plusieurs jurisconsultes et souvent appliquées en justice, *sententiæ receptæ*, les juges ne décidaient pas facilement contre une pareille autorité. — C'est ainsi que Pomponius dit que la doctrine des jurisconsultes et la jurisprudence qui se forme par les débats judiciaires, *disputatio fori*, sont une source importante du droit romain [43].

§ 47.

Pendant l'époque dont nous parlons, les jurisconsultes ne s'occupèrent guère que de travaux pratiques. Sextus Ælius Pætus, consul en 556, surnommé Catus à cause de son habileté dans la jurisprudence, publia un recueil appelé *Tripertita*, parce qu'il se composait de trois parties, du texte de la loi des Douze Tables, d'un commentaire sur cette loi, et enfin d'un formulaire contenant des modèles d'actes judiciaires, *legis actiones* [44]. M. Porcius Cato l'ancien, censeur en 570, écrivit des *commentarii juris civilis* et publia des *responsa* [45]. Son fils est également cité comme auteur de bons ouvrages juridiques [46].

[43] Pomponius, Fr. 2, § 5, D., *de orig. jur.*, 1, 2. « ... Hæc disputatio (fori) et hoc jus quod sine scripto venit, compositum a prudentibus,... communi nomine appellatur *jus civile*. » Les « disputationes fori » dont il est question dans ce passage sont évidemment les débats judiciaires. Cette explication a paru trop ordinaire aux érudits ; à l'aide d'un passage de Juvénal, I, 128, qui n'a pas le moindre rapport à notre matière, mais où Apollon est appelé *jurisperitus*, ils ont imaginé des académies de jurisconsultes dont les séances auraient eu lieu près du temple d'Apollon, et dans lesquelles on aurait proposé et discuté des questions de droit. *Voy.* Terrasson, *Hist. de la jurispr. rom.*, p. 225. — Les *jurisconsulti*, *jurisprudentes* ne s'occupaient, au reste, régulièrement que du point de droit et ne paraissaient guère que *in jure*, laissant le soin de discuter les faits aux *oratores*. Les deux qualités de *jurisconsultes* et d'*orator* n'étaient point, à la vérité, nécessairement exclusives l'une de l'autre ; elles se trouvaient cependant, de fait, rarement réunies dans le même sujet. Cf. Cic., *de oratore*, I, 45 ; *de legibus*, I, 3. 4. *Voy.* aussi ci-après notes 49, 50 et 54.

[44] Pomponius, Fr. 2, § 38, D., *de origine juris* (1, 2). Il est probable que ces *Tripertita* et le *jus Ælianum* dont il est question au Fr. 2, § 7, D., *eod.*, sont le même ouvrage. — *Voy.* encore Cic., *de rep.*, I, 18 ; *de orat.*, I, 45, 48 ; *Tuscul.*, I, 9. - Valère-Maxime, IV, 5, 7.

[45] Festus, v. *Mundus*. « ... Sic refert Cato in commentariis juris civilis. » — Aucun auteur ne dit expressément que Caton ait publié des *responsa* ; mais on tire cette conséquence de Cic., *de orat.*, III, 33. — *Voy.* encore le même, *ibid*, I, 37. - Cornelius Nepos, *Cato*, 3.

[46] Aulu-Gelle, XIII, 19. - Pomponius, Fr. 2, § 38, D., *de origine juris*, 1, 2.

Les anciens nous citent encore, jusqu'au temps des Catons, comme jurisconsultes célèbres, APPIUS CLAUDIUS CÆCUS, le protecteur de Flavius, P. SEMPRONIUS, surnommé σόφος, tous deux antérieurs à Coruncanius, puis P. ÆLIUS PÆTUS, le frère de Sextus, L. CINCIUS ALIMENTUS, le célèbre annaliste, auteur d'un grand nombre d'ouvrages, P. CORNELIUS SCIPIO NASICA et son fils PUBLIUS, Q. MUCIUS, P. ATILIUS, d'après d'autres ACILIUS appelé *Sapiens*, tous appartenant à la dernière moitié du sixième siècle [47].

La connaissance de la philosophie grecque qui, malgré l'opposition qu'elle rencontra [48], commençait à se répandre vers la fin de la république, donna un nouvel essor à l'étude du droit. Q. MUCIUS SCÆVOLA (fr. 4), consul en 657, publia le premier un système complet de droit civil [49]. SERVIUS SULPICIUS, consul en 703, écrivit un commentaire sur l'édit des préteurs [50]. Son disciple OFILIUS publia un ouvrage plus étendu sur le même sujet [51]. Un autre de ses élèves, ALFENUS VARUS (fr. 54), se rendit célèbre par un livre conçu sur un plan plus large, *Digesta* [52].

Outre ces jurisconsultes qui, par la nature particulière de leurs écrits, indiquent la nouvelle voie dans laquelle entre la science du droit, nous trouvons plusieurs noms célèbres qui appartiennent à la fin de notre époque.

[47] *Appius Claudius*. TITE-LIVE, IX, 29; Fr. 2, § 36. D., *de orig. juris*, 1, 2. — *Sempronius*, TITE-LIVE, IX, 45. X, 9. 21. Fr. 2. § 37. D., *eodem*. — *P. Ælius*. TITE-LIVE, XXX, 39. 40. — *Cincius Alimentus* est compté parmi les jurisconsultes, à cause d'un ouvrage *de officio jurisconsulti*. FESTUS, v. *Nuncupata subjici*.—*Nasica et son fils*. CIC., *de orat.*, III, 33; *Brutus*, 20, 58; Fr. 2. § 37. D. *de orig. jur.*, 1, 2. —*Q. Mucius*. AULU-GELLE, X, 27. Fr. 2. § 37. D., *eodem*, —*Atilius*. Fr. 2. § 38. D. *eodem*. CIC., *de amic.*, 2; *de legib.*, 2, 23, parle d'un certain L. Acilius ou Atilius, appelé *Sapiens*, qui aurait écrit sur la loi des Douze Tables.

[48] Un sénatus-consulte (593) bannit les philosophes. AULU-GELLE, XV, 11. « ... M. POMPONIUS. SENATUM. CONSULUIT. QUOD. VERBA. FACTA. SUNT. DE. PHILOSOPHIS. ET. RHETORIBUS. DE. EA. RE. ITA. CENSUERUNT. UTI. M. POMPONIUS. PRÆTOR. ANIMADVERTERET. COERCERETQUE. UTI. SI. E. REPUBLICA. FIDEQUE. SUA. VIDERETUR. UTI. ROMÆ. NE. ESSENT.

[49] Fr. 2, § 41, D., *de orig. jur.*, 1, 2. - AULU-GELLE, VII, 15. - Cf. ACRON., *ad Horatii*, *ep.* II, 87.—Sa réputation de jurisconsulte et d'orateur était très-grande; cependant Cicéron, qui se glorifie d'avoir été son disciple, *Brutus*, 89, élève au-dessus de lui Servius Sulpicius, dont il sera parlé ci-après, *Brutus*, 41. Mucius fut tué par la faction de Marius en 671. — *Voy.* aussi sur lui, CIC., *de orat.*, I, 39; *Brutus*, 39, 52; *de off.*, III, 15. — Mucius est encore intéressant comme le plus ancien jurisconsulte dont les ouvrages aient été mis à profit par Justinien. Le *Digeste* contient de lui quatre fragments : Fr. 64, D., *de acq. rer. dom.*, 41. 1; F. 8, D., *de aqua quot.*, 43. 20; Fr. 241, D., *de verb. signif.*, 50. 16; Fr. 73, D., *de reg. juris*, 50. 17.

[50] Fr. 2. § 42. 44. D., *de origine juris*, 1, 2. - CIC., *Brutus*, 41. « Sic enim existimo juris civilis magnum *usum* et apud Scævolam et apud multos fuisse, *artem* in hoc uno. » - LE MÊME, *Phil.*, IX, 5. 7. — Servius était aussi célèbre comme *orator* que comme *jurisconsulte*. CIC., *Brutus*, 41. - QUINTIL, *inst. orat.*, X, 1. XII, 3. - Fr. 2. § 43, D., *cité*.

[51] CIC., *ad fam.*, VII, 21; *ad Att.*, XIII, 37. - Fr. 2. §§ 44. 45. D., *de origine juris*, 1, 2, et ci après § 65.

[52] Fr. 2. § 44. D., *de origine juris*, 1, 2. Le *Digeste* de Justinien contient 54 fragments tirés de ses ouvrages.

Nous citerons parmi eux, avant Cicéron, Livius Drusus, M. Manilius, M. Junius Brutus, P. Mucius Scævola, père de Quintus le pontife, Q. Mucius Scævola, maître de Cicéron et ordinairement appelé l'*augure* pour le distinguer des autres Mucius, enfin P. Rutilius Rufus, distingué autant par sa science que par ses vertus, et qui mourut dans l'exil, victime de la vengeance des chevaliers dont il avait osé contenir et réprimer les rapines en Asie[53]; puis Cicéron, le grand orateur, qui, sans être jurisconsulte dans l'acception rigoureuse du mot, ne s'en occupait pas moins de l'étude du droit civil[54] et nous a laissé dans ses plaidoiries et dans ses ouvrages rhétoriques et philosophiques les renseignements les plus variés et les plus précieux sur l'ancien droit des Romains[55], et ses contemporains Q. Ælius Tubero, C. Aquilius Gallus[56], enfin Q. Mucius Scævola et Servius Sulpicius que nous avons déjà mentionnés. Ce dernier eut pour disciples la plupart des hommes qui brillèrent dans la science du droit au commencement de l'empire, Alfenus Varus, A. Ofilius que nous avons déjà nommés, et d'autres dont les noms sont cités par Pomponius[57]. Nous devons encore mentionner comme appartenant à la même époque Granius Flaccus, auteur d'un commentaire sur le droit papirien, Ælius Gallus (fr. 1), Q. Cornelius Maximus et son disciple Trebatius Testa, grand philosophe et maître

[53] *Livius Drusus.* Valère-Maxime, VIII, 7, 8. - Fr. 2. § 38. D., *de origine juris*, 1, 2. — *M. Manilius.* Cic., *de rep.*, I, 12. 13. III, 10. Aulu-Gelle, XVII, 7. - Cic., *de orat.*, I, 58, et Varron, *de re rust.*, II, 5, mentionnent, comme conçues par lui, des formules de contrats de vente, *Manilianæ venalium vendendorum leges* ou *Manilianæ actiones.* — *Junius Brutus.* Cic., *Brutus*, 34. Fr. 2. § 39. D., *de orig. jur.*, 1. 2.—*P. Mucius.* Cic., *de orat.*, I, 56; *ad fam.*, VII, 22. Fr. 2. § 39. D., *de orig. jur.*, 1, 2.—*Q. Mucius augur*, Cic., *Brutus*, 26. 89; *de leg.*, I, 4; *de amicitia*, I. — *P. Rutilius Rufus*, Cic., *de orat.*, I, 53; *Brutus*, 22. *et passim.* - Tite-Live, epit. LXX. - Tacite, IV, 43. - Vell. Paterc., II, 13. Le nom de Rutilius est cité plusieurs fois à propos de réformes introduites par le droit prétorien, par exemple, *actio Rutiliana* (Gaius, IV, 35), *constitutio Rutiliana* (*Vatic. fragm.*, 1); mais il n'est pas probable que ces réformes soient dues à notre P. Rutilius. *Voy.* ci-après tome II, § 380.

[54] Cic., *pro Murena*, 12. 13; *de orat.*, I, 48. 49. - Aulu-Gelle, I, 22.

[55] Nous avons indiqué au § 5 les ouvrages de Cicéron qui sont particulièrement intéressants pour notre science. C'est surtout dans ses plaidoiries qu'il nous fournit des renseignements précieux sur plusieurs matières du droit privé, renseignements qu'il faut, au reste, utiliser avec quelque précaution et sans oublier qu'ils proviennent d'un avocat défendant sa cause.

[56] *Ælius Tubero.* Cic., *Brutus*, 31; *pro Murena*, 36. - Valère-Maxime, VII, 5. — *C. Aquilius Gallus*, collègue de Cicéron dans la préture, fut un des jurisconsultes les plus estimés de son temps. Son nom se rattache à plusieurs réformes importantes du droit romain, aux remèdes contre le dol, à la célèbre *stipulatio Aquiliana*, à l'institution des *posthumi sui.* — *Voy.* ci-après, t. II, §§ 286. 376. t. III, §§ 447. - Cic., *de officiis*, III, 14; *topica*, 12; *pro Quintio*, *passim.* - Valère-Maxime, VIII, 22. - Fr. 2. §§ 42. 43. D., *de orig. jur.*, 1, 2.

[57] F. 2. § 44. D., *de orig. jur.*, 1, 2. « Ab hoc (S. Sulpicio) plurimi profecerunt; fere tamen hi libros conscripserunt : Alfenus Varus, Caius Aulus Ofilius, Titus Cæsius, Aufidius Tucca, Aufidius Namusa, Flavius Priscus, Caius Ateius Pacuvius, Labeo Antistius, Labeonis Antistii pater, Cinna, Publicius Gellius.

de Labéon, AULUS CASCELLIUS, enfin Q. ÆLIUS TUBERO, fils de celui que nous avons nommé ci-dessus [58].

§ 48. *Jurisprudence des tribunaux. — Mores majorum.*

A côté des deux grandes sources du droit coutumier dont nous avons parlé dans les six paragraphes précédents, nous devons encore mentionner l'influence de la jurisprudence des tribunaux, *auctoritas rerum similiter judicatarum* [59], et l'action permanente, quoique naturellement affaiblie à la longue, des *mores majorum*, source originaire de tout droit national [60].

[58] *Voy.* en général Fr. 2. §§ 45. 46. D., *de orig. jur.*, 1, 2, et particulièrement sur *Granius Flaccus* ci-dessus, § 16, note 8. — *Ælius Gallus.* FESTUS, vv. *Postliminium. Reus. Saltus.* - AULU-GELLE, XVI, 5. Le Fr. 157. D., *de verborum significationibus*, 50. 17, est tiré d'un ouvrage d'Ælius Gallus, portant le même titre.— *Q. Cornelius* et *Trebatius Testa.* CIC., *ad famil.*, VII, 5, à propos de Trebatius « accedit, quod familiam ducit : in jure civili singularis memoria, summa scientia » *Ibid.*, 7. 22. - PORPHYRION, *ad Horat. sat.*, II, 1. — *Ælius Cascellius.* PLINE, *H. N.*, VIII, 40. - VALÈRE-MAXIME, II, 6. 12. — *Ælius Tubero* était l'adversaire de Cicéron dans la poursuite contre Ligarius. QUINTIL., *Inst. orat.*, X, 1. 3. XI, 1. 80. - AULU-GELLE, VII, 9. XIV, 2, le mentionne comme ayant écrit des ouvrages juridiques.

[59] CIC., *topica*, 5. « Jus civile — id esse, quod in legibus, senatus consultis, *rebus judicatis*, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, æquitate consistat. » - Fr. 38. D., *de legibus*, 1. 3. « ... In ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere. » Les jugements qu'on cite comme autorité en justice sont appelés *præjudicia.* ASCON., *in Cic. div. in Cæcil.*, c. 4. « Præjudicium dicitur res, quæ cum statuta fuerit, affert judicaturis exemplum, quod sequantur. - *Voy.* encore QUINTIL., *Instit. orat.*, V, 2.

[60] *Voy.* ci-dessus, § 16.



TROISIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS AUGUSTE JUSQU'A DIOCLÉTIEN.

723-1037 de Rome. — 31 avant J.-C.-284 de l'ère chrétienne.

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

TRANSITION A L'ÉTAT MONARCHIQUE. — LEX REGIA.

§ 49.

Après avoir vaincu ses ennemis, Octavien, tout en laissant subsister un simulacre de république et en conservant le plus possible les formes usitées, réussit à s'emparer du pouvoir suprême [1]. Il ne voulut pas prendre le titre de dictateur perpétuel, qui rappelait l'odieux souvenir de Sylla; mais il se fit conférer successivement toutes les dignités civiles et religieuses. La puissance tribunitienne, qui lui fut accordée en 731, lui servit surtout à établir son autocratie en lui donnant d'abord l'inviolabilité, qui a toujours été considérée comme l'attribut de la souveraineté, et ensuite le droit important du veto, au moyen duquel il pouvait annuler les décisions de tous les autres magistrats et du sénat [2]. Enfin, sous le titre de *princeps* il réunit tous les pouvoirs dans sa personne [3]. La même marche fut suivie par ses successeurs avec plus ou moins d'adresse, mais avec un succès toujours

[1] Appian, *de bello civ.*, V, 132. - Vellaius Patbac., II, 89. — La politique d'Auguste est bien dessinée dans Tacite, *Annal.*, I, 2. « Posito Triumviri nomine, consulem se ferens et » ad tuendam plebem tribunitio jure contentum; ubi militem donis, populum annona, » cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia senatus, magistratuum, legum » in se trahere, nullo adversante; cum ferocissimi per acies aut proscriptione cecidissent, » ceteri nobilium, quanto quis servitio promptior, opibus et honoribus extollerentur; ac » novis ex rebus aucti, tuta et præsentia quam vetera et periculosa mallent. Neque provin- » ciæ illum rerum statum abnuebant, suspecto senatus populique imperio ob certamina » potentium et avaritiam magistratuum; invalido legum auxilio, quæ vi, ambitu, postremo » pecunia turbabantur. » *Voy.* aussi Le même, *ibid.*, I, 9, et Suétone, *Octave*, 51 sqq.

[2] *Voy.* le § suivant.

[3] Dion Cassius, LIII, 17, 18.

croissant; de sorte qu'au commencement du troisième siècle un empereur put oser se dire au-dessus des lois [4]. Il est vrai qu'en prenant isolément un texte de Dion Cassius, on serait tenté de croire qu'Auguste avait déjà joui de ce privilége exorbitant [5]; mais il résulte d'autres passages du même auteur, et de faits nombreux constatés tant par des monuments que par des historiens, que c'est par exception seulement que les premiers empereurs furent dispensés de certaines lois. Ce n'est que lorsque le despotisme impérial fut entièrement consolidé que le servilisme des citoyens et du sénat persuada aux maîtres de Rome qu'ils étaient au-dessus de toutes les lois [6].

Ainsi, c'est par une suite continue de lents empiétements et de sourdes usurpations que les empereurs ont réussi à saisir et à consolider dans leurs mains la puissance absolue. Cependant plusieurs auteurs modernes, entraînés par un zèle aveugle à justifier tout pouvoir quelconque, ont cherché à assigner une origine plus noble à l'empire romain, et ont soutenu que l'autocratie des Césars aurait été créée tout d'un coup en vertu d'une loi, par laquelle le peuple aurait renoncé à sa souveraineté et l'aurait transférée à Auguste. Pour soutenir cette opinion, qui est contraire non-seulement aux faits, mais encore à toute vraisemblance historique, on s'est principalement appuyé de quelques textes de la compilation de Justinien, dans lesquels il est question d'une *lex regia*, qui aurait opéré ce rapide passage de la république à l'autocratie [7]. Bien plus, on a cru trouver un

[4] § 8, I., *quibus modis testamenta infirmantur* 2, 17. « .... Divi quoque Severus et » Antoninus sæpissime rescripserunt : licet enim *legibus soluti sumus*, attamen legibus » vivimus. »

[5] Dion Cassius, LIII, 18. *Λέλυνται γὰρ δὴ τῶν νόμων.... τουτέστιν ἐλεύθεροι ἀπὸ πάσης ἀναγκαίας νομίσεως εἰσι, καὶ οὐδενὶ τῶν γεγραμμένων ἐνέχονται... Ibid.*, 28.

[6] Ainsi Auguste et Caligula furent exemptés de la loi Julia et Papia Poppæa. Dion Cassius, LVI, 32. LIX, 15. *Voy.* encore le monument connu sous le nom de lex de imperio Vespasiani, cap. 7. Utique. quibus. legibus. plebeive. scitis. scriptum. fuit. ne. divus. Aug. Tiberiusve. Julius. Cæsar Aug. Tiberiusve. Claudius. Cæsar. Aug. Germanicus. tenerentur. iis. legibus. plebisvescitis. imp. Cæsar. Vespasianus. solutus. sit. quæque. ex. quaque. lege. rogatione. divum. Aug. Tiberiumve...... facere. oportuit. ea. omnia. imp. Cæsari. Vespasiano. Aug. facere. liceat. » Même le Fr. 31, D., *de legibus*, 1. 3, qui dit d'une manière générale « princeps legibus solutus est, » est tiré d'un ouvrage de Paul sur la loi Julia et Papia Poppæa. *Voy.* ci-après, § 61.

[7] § 6, I., *de jure naturali gentium et civili* 1, 2. « Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem : cum lege regia, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. » Ce passage est copié du Fr. 1, D., *de constitutionibus principum*, 1. 4, attribué à Ulpien. - L. 1, § 7, C., *de vetere jure enucleando*, 1, 17. « Lege antiqua, quæ regia nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem. » — Nous croyons utile de citer ici les autres passages qu'on a l'habitude d'alléguer à propos de cette question; savoir, Dion Cassius, LIII, 12. « *Τὴν μὲν οὖν ἡγεμονίαν τούτῳ τῷ τρόπῳ καὶ παρὰ τῆς γερουσίας τοῦ τε δήμου, ἐβεβαιώσατο.* » *Ibid.* 28. 32. - Gaius, I, 5. « Constitutio principis... nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. » — En outre le Fr. 14. § 1. D., *de manumissionibus*, 40. 1. parle d'une *lex Augusti*, et la L. 3, C., *de testamentis*, 6. 23, d'une *lex imperii*.

exemplaire d'une pareille *lex regia* dans une table d'airain qui fut découverte au Capitole vers le milieu du quatorzième siècle, et sur laquelle est gravée une disposition légale connue sous le nom de *lex de imperio Vespasiani* [8]. Mais tout prouve que cette inscription n'est autre chose que le fragment d'une loi qui conférait le pouvoir à Vespasien, tout à fait de la même manière dont on conférait déjà sous la république l'*imperium* à un magistrat élu [9]. Ainsi pendant longtemps l'avénement au trône d'un empereur était considéré comme l'installation d'un nouveau magistrat.

Quant à la loi sur laquelle Justinien base la légitimité du pouvoir impérial, le nom même en est mystérieux. Quelques auteurs ont pensé que *lex regia* signifiait simplement une loi par laquelle le peuple aurait remis à Auguste le pouvoir des anciens rois; mais cette opinion n'est point admissible; nous savons en effet, de la manière la plus positive, qu'à cette époque encore le nom de *rex* était en horreur aux Romains [10]. C'est par ce motif que d'autres ont été conduits à supposer que le mot aurait été forgé par les compilateurs de la collection de Justinien, ou du moins à une époque où le despotisme des empereurs était déjà solidement établi, et où l'on pouvait oser comparer le pouvoir des Césars à celui des anciens rois. Cette hypothèse acquiert encore plus de vraisemblance par la circonstance que Gaïus, tout en parlant de la loi qui confère le pouvoir à l'empereur, ne lui donne point le nom employé par Justinien (voyez note 7). Toutefois, si l'on insiste sur ce nom, il reste un dernier moyen de l'expliquer : c'est de supposer que cette loi, à défaut de tout autre magistrat, a été proposée par un *interrex* [11].

Quoi qu'il en soit, les empereurs réussirent à faire disparaître jusqu'aux formes de l'ancienne liberté. Adrien donna à l'empire une organisation franchement monarchique, et, vers la fin de l'époque, nous trouvons tous

[8] Cette inscription a d'abord été décrite par Franc. de Albertinis. Elle se trouve en outre dans la collection de Gruter, dans Gravina, *Orig. jur. civ.*, p. 231 et seqq., et Heineccius, *Ant. Rom.*, I, 2, 67. *Voy.* encore Cramer, *D. Vespasianus, s. de vita et legislat. Vesp.*, Jena, 1785. Quelques auteurs l'ont prise pour un sénatus-consulte; mais il résulte du texte même que c'est une loi. « Sanctio. si quis hujus legis ergo, etc. »

[9] *Voy.* § 24 et § 64, note 54. — Cic., *de rep.*, II, 13. 17. 18. 20. - Tacite, *Hist.*, IV, 6. « ... Ceterum eo senatus die, quo de imperio Vespasiani censebant... »

[10] Il suffit de citer ici le passage de Dion, LII, 40. où Mécène conseille à Auguste de saisir le pouvoir absolu, mais de ne point se servir du nom « roi. » *Τὸ δ' ὄνομα τῆς βασιλείας, ὡς καὶ ἐπάρατον, φοβηθῇς.* *Voy.* encore Hugo, *Digress. Justin.*, lib. I, c. 25, § 2. et c. 29. Cet auteur, quoique l'un des plus chauds défenseurs du système de Justinien, croit cependant que le nom de *lex regia* ne peut dater du temps d'Auguste.

[11] Hugo, *Geschichte des röm. Rechts*, p. 274 (XIe édition). Nous trouvons quelque chose d'analogue dans Cic., *adv. Rullum*, III, 2. « ... Omnium legum iniquissimam dissimillimamque » legis esse arbitror eam, quam L. Flaccus, interrex, de Sulla tulit, UT OMNIA, QUÆCUNQUE ILLE « FECISSET, ESSENT RATA. »

les éléments d'un despotisme oriental, que Dioclétien régularisa et consolida par son système d'administration.

CONSTITUTION DE L'EMPIRE.

§ 50. *De l'empereur.*

A la tête de l'État se trouve le prince, *Imperator, Cæsar, Augustus.* Ces qualités lui assurent :

1. Le pouvoir consulaire avec la puissance particulière qui depuis Jules César est désignée par le mot « *imperium,* » et qui comprend le commandement des armées, le droit de déclarer la guerre et de faire des traités de paix, enfin le droit de vie et de mort, même sur les sénateurs et les chevaliers [12];

2. Le pouvoir proconsulaire, c'est-à-dire l'administration des provinces, ou du moins d'une partie des provinces [13];

3. Le pouvoir des censeurs, ou plutôt la *præfecta morum;* car c'est maintenant le *præfectus morum* qui exerce les fonctions des anciens censeurs : en cette qualité l'empereur a le droit de créer et d'éliminer les sénateurs [14];

4. Le pontificat. L'empereur est toujours de plein droit grand pontife, partant chef religieux de l'État [15].

5. Mais ce qui rend son pouvoir réellement illimité, c'est la puissance tribunitienne, qui lui permet de tout faire par suite de l'inviolabilité dont elle le couvre. En outre, elle lui donne le droit d'annuler, au moyen du *veto,* toute décision des autres magistrats, et même du sénat [16].

Comme magistrat, l'empereur a le droit de publier des ordonnances, *edicta,* qui ont force obligatoire pour la durée de la magistrature, c'est-à-dire durant sa vie [17]. On conçoit aisément que ces édits aient dû acquérir à la longue la même valeur que les lois et les sénatus-consultes, puisque les mêmes raisons qui assuraient aux édits des préteurs une si grande autorité militent en faveur des ordonnances impériales. Aussi ce point est-il incontestable chez les anciens dès le commencement de l'empire [18]. Toutefois,

[12] Dion Cassius, LIII, 17.

[13] Dion Cassius, LIII, 17. 32. — *Voy.* ci-après § 58.

[14] Dion Cassius, LIV, 10. 30. - Pline, *Paneg.*, 45. - Suétone, *Octave*, 27, *in f.*

[15] Dion Cassius, LIII, 17. LIV, 27. - Suétone, *Octave*, 31.

[16] Dion Cassius, LIII, 17. - Tacite, *Ann.*, III, 56. « Ne regia aut dictatoris nomen adsumeret, ac tamen appellatione aliqua cetera imperia præmineret. » - Vopiscus, *Tacite*, 1.

[17] Dion Cassius, LII, 13. LIV, 10. LVI, 28.

[18] Gaius, I, 5. « Constitutio principis est quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit : nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator

longtemps encore les empereurs ne s'érigèrent pas, à proprement parler, en législateurs, et se bornèrent à publier des ordonnances pour des cas déterminés [19].

Le 1er janvier de chaque année, le sénat, le peuple et les légions prêtaient serment de fidélité à l'empereur [20]. A partir du deuxième siècle, nous trouvons parfois deux ou plusieurs empereurs sur le trône, soit qu'ils règnent ensemble, soit qu'ils aient partagé l'administration [21]. Souvent aussi l'empereur régnant choisissait d'avance son successeur, ordinairement au moyen de l'adoption, et lui donnait une partie de l'administration après lui avoir fait conférer la puissance tribunitienne, *Augustus et Cæsar* [22].

§ 51. *Le peuple et le sénat.*

Les guerres civiles, en mettant la force brutale à la place du régime légal, et en rendant impossible le jeu régulier des institutions, avaient entièrement anéanti l'esprit public et ôté toute signification aux assemblées du peuple. C'était naturellement au chef de la force armée de déclarer la guerre et d'accorder la paix [23]; les jugements criminels qui déjà dans les derniers temps de la république étaient rarement portés devant les comices leur furent enlevés sans difficulté par Auguste [24], qui jugea cependant prudent de leur laisser les élections et le vote des lois, tout en dépouillant de toute portée réelle ces manifestations apparentes de la souveraineté nationale. En permettant aux citoyens domiciliés hors de Rome d'envoyer dans les élections leur vote par écrit, il amena naturellement la désertion des assemblées, et déjà Tibère put transférer au sénat la nomination des magistrats [25]. L'exercice du pouvoir législatif demeura plus longtemps aux comices; mais on comprend que d'ordinaire le petit nombre de citoyens qui y assistait se borna à voter par acclamation la proposition de loi que le sénat soumettait à l'assemblée. De fait, le sénatus-consulte qui

per legem imperium accipiat. » - Fr. 2, § 11, D., *de origine juris*, 1, 2. - Fr. 1, D., *de constitutionibus principum*, 1, 4.

[19] *Voy.* ci-après § 64.

[20] Dion Cassius, XLVII, 18. LI, 20. LIII, 28. LVII, 8. LVIII, 17. LX, 10. 15. — Suétone, *Galba*, 16.

[21] Marc Aurèle régna avec L. Vérus et plus tard avec Commodus. — Septime Sévère eut pour corégent son fils Antoninus Caracalla, lequel régna plus tard avec son frère Géta. — Ces exemples furent suivis de beaucoup d'autres. Dioclétien fut le premier qui partagea l'empire avec ses corégents.

[22] Auguste déjà avait adopté Tibère; mais Marc-Aurèle fut le premier qui prit son fils (adoptif) pour corégent.

[23] Dion Cassius, LIII, 17. — Cf. lex de imperio Vespasiani, c. 1.

[24] Dion Cassius, LVI, 40. — *Voy.* ci-dessus § 35, note 26.

[25] Suétone, *Octav.*, 46. - Tacite, *Annales*, I, 15. *Voy.* ci-dessus, § 40, note 10.

contenait le projet était donc assimilé à une loi votée [26], et l'on finit par ne plus demander au peuple une ratification qui n'était jamais refusée [27].

De cette manière le sénat, tout en conservant, autant que les empiétements du prince le permirent, l'administration des finances et d'une partie des provinces [28], se trouva de plus investi du pouvoir législatif et du droit de nommer aux magistratures. Auguste lui attribua encore une partie de la juridiction criminelle qu'il avait enlevée au peuple, au moins en ce qui concernait les attentats contre l'État et la personne de l'empereur, ainsi que les crimes de concussion des fonctionnaires provinciaux et les accusations capitales portées contre les sénateurs [29]. A l'aide de cet artifice, l'empereur pouvait impunément immoler tous les hommes influents qui lui donnaient de l'ombrage. Encore, tout en sacrifiant des citoyens à sa vengeance ou à sa cupidité, avait-il l'air d'exécuter les arrêts de la justice. Et il était toujours sûr d'obtenir la condamnation qu'il demandait; car plus le pouvoir impérial augmenta, plus le sénat s'affaiblit. Une des causes principales de cette décadence était le droit qu'avaient les empereurs, en leur qualité de *præfecti morum*, de nommer et de révoquer les sénateurs selon leur bon plaisir. Ainsi le sénat, n'ayant plus aucune racine dans le peuple, ne fut bientôt plus qu'un instrument entre les mains du prince qui en absorba l'autorité, comme le sénat avait dans le temps servi à absorber la souveraineté du peuple. Aussi ses décrets subirent-ils le même sort que les lois des comices avaient dû subir, et finirent-ils par céder la place aux ordonnances impériales [30].

§ 52. *Les magistrats.*

La plupart des anciennes magistratures subsistent sous les empereurs. Quelques-unes disparaissent à partir du troisième siècle.

Le **consulat** est toujours la première dignité. Les consuls continuent de jouir des plus grands honneurs, mais ils n'ont plus aucun pouvoir. Leurs fonctions se bornent à présider le sénat et à exercer une juridiction peu étendue [31]. Pour rendre cette dignité accessible à beaucoup de

[26] C'est ainsi que Gaius, I, 83-86, donne le nom de *lex* à un sénatus-consulte de l'empereur Claude.

[27] Nous trouvons des *leges* jusque sous Nerva. Fr. 3. § 1. D., *de termino moto*, 47. 21. « Lege agraria quam Divus Nerva tulit. — Peut-être y en eut-il encore sous Trajan. *Voy.* ci-après, § 62.

[28] *Voy.* ci-après, § 58.

[29] Dion Cassius, LII, 31. 32. - Suétone, *Octave*, 66; *Caligula*, 2. - Tacite, *Ann.*, XIII, 44, et *passim*.

[30] *Voy.* ci-après, § 63.

[31] Tacite, *Ann.*, XIII, 4. - Dion Cassius, LXIX, 7. - Aulu-Gelle, XII, 13. - Suétone *Claude*, 23. - Gaius, II, 278. - Ulpien, XXV, 12. - Fr. un. D., *de officio consulis*, 1. 10. - § 31, *de Atiliano tutore*, 1, 20, et *passim*.

monde, Auguste avait pris l'habitude de nommer des consuls de deux mois en deux mois. Les noms du premier couple servaient, comme autrefois, à désigner l'année; les autres s'appelaient *consules suffecti* [32]. Très-souvent les empereurs se firent conférer à eux-mêmes la dignité consulaire.

Le pouvoir des **censeurs** passa à l'empereur en sa qualité de *præfectus morum* [33]. La dignité subsista jusqu'au deuxième siècle. Les **édiles** disparaissent quelque temps après.

La charge des **tribuns** ne fut pas abolie, mais leur pouvoir tout entier passa à l'empereur. Les magistrats auxquels le titre de tribun était conféré n'étaient que des instruments dont l'empereur se servait quand il voulait s'opposer à un décret du sénat [34].

Les **questeurs** avaient l'administration du trésor de l'État, *ærarium*, et en général des finances dans les provinces du sénat. Ils durent par la suite céder le trésor aux *præfecti ærarii*, nouveaux fonctionnaires institués par Auguste. Claude le leur rendit, mais Trajan l'attribua de nouveau exclusivement aux préfets. Depuis nous ne trouvons plus de questeurs que dans les provinces [35]. — Les empereurs créèrent encore des *quæstores*, appelés *candidati principis*, chargés de transmettre au sénat les communications de l'empereur [36].

De toutes les magistratures ce fut encore la **préture** qui conserva le plus d'importance. Le nombre des préteurs fut fixé par Auguste à douze; Tibère le porta à seize. On ajouta des prétures spéciales et permanentes pour les fidéicommis, pour les tutelles et pour les procès du fisc [37]. Les attributions de la préture restèrent les mêmes; cependant elle ne put échapper non plus aux empiétements du pouvoir impérial et des fonctionnaires de l'empereur [38].

En général, toutes les anciennes magistratures finirent par devenir de simples distinctions honorifiques, que les empereurs employèrent comme moyen de s'attacher des hommes puissants, et souvent aussi dans le but de les ruiner. Car on eut soin de mettre à la charge des consuls, des préteurs et des questeurs les frais considérables des jeux publics. Le

[32] Dion Cassius, XLIII, 46. XLVIII, 35. - Suétone, *Octave*, 26.

[33] Dion Cassius, LIII, 18. - Tacite, *Ann.*, III, 53. XIII, 28.

[34] Tacite, *Ann.*, XVI, 26. *Hist.*, II, 91. IV, 9. — L'empereur avait bien la puissance tribunitienne, mais il ne pouvait être tribun de la plèbe, parce qu'il était de plein droit patricien. Dion Cassius, LIII, 17. 32.

[35] Dion Cassius, LIII, 2. 32. LX, 4. 10. 24. - Suétone, *Claude*, 24. — Gaius, I, 6. « ... Jurisdictionem (ædilium curalium) in provinciis populi romani quæstores habent; nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur. »

[36] Pline, *Epist.*, VII, 16. - Lamprid., *Alex. Sev.*, 43. — Fr. 1, § 2. 4, D., *de off. quæst.* 1. 13. - Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 28.

[37] Dion Cassius, LX, 10. - Suétone, *Claude*, 23. - Capitolin, *M. Anton.*, 10. — Fr. 2. § 32. D., *de orig. juris* 1. 2.

[38] *Voy.* ci-après § 33, note 42.

pouvoir réel fut transféré à de nouveaux fonctionnaires créés par l'empereur.

§ 53. *Les fonctionnaires impériaux.*

Le premier de ces fonctionnaires est le gouverneur de la ville, *præfectus urbi* [39]. Cette fonction avait été créée par suite des guerres civiles, pour maintenir la sûreté et la police de la ville [40]. On avait confié à ce préfet la juridiction criminelle à Rome et dans les cent milles à l'entour, avec le droit d'infliger des peines jusqu'à la déportation [41]. Bientôt il obtint également une juridiction civile, et, vers la fin de notre époque, nous le voyons former une instance d'appel pour les autres magistrats de la ville, y compris le préteur [42].

Le préfet du prétoire, *præfectus Prætorio,* n'était dans le principe que le chef de la garde impériale [43]. Mais, à mesure que le despotisme militaire se développe, cette fonction gagne de l'importance, et celui qui la remplit est considéré comme le premier personnage de l'État après l'empereur. Il prend part à toutes les mesures politiques, et concourt aux jugements des procès qui sont soumis au prince [44]. Nous trouvons même que les contestations qui viennent du dehors de la ville sont portées d'abord devant son tribunal avant que les parties ne prennent leur recours au souverain [45]. Aussi, c'est à partir de cette époque que plusieurs jurisconsultes distingués remplissent les fonctions de préfets du prétoire [46]. Severus Alexander accorda même à ce préfet le droit de statuer par voie de disposition générale, de sorte que ses arrêtés pouvaient faire loi [47].

Le *præfectus vigilum* est le chef des veilleurs de nuit chargés de prévenir les vols et les incendies. Il a la juridiction des crimes et délits y rela-

[39] Voyez en général Titt., D., *de officio præfecti urbi* 1, 12. - C., *eodem* 1, 28.

[40] Dion Cassius, XLIII, 29. 48. XLIX, 16. XLII, 11. - Velleius Patrc., II, 88. - Tacite, *Ann.*, VII. 11. 12.

[41] Dion Cassius, LII, 21. - Fr. 3, § 1, D., *de off. præf. vigilum*, 1, 15. - Fr. 6, § 1, D., *de interdictis et relegatis* 48, 22.

[42] Paulus, Fr. 38, D., *de minoribus* 4, 4. « ... Pupilla in integrum restitui desiderabat. Victa tam apud prætorem, quam apud præfectum urbi provocaverat (ad imperatorem). » — *Voy.* encore L., 17. C., *de appellat.* 7, 62. - Dion Cassius, LII, 21. 33. - Vopiscus, *Florian.*, 5. 6.

[43] Dion Cassius, LII, 24. LV, 10. - Joannes Lydus, *de magistr.*, II, 6. 13. — Le nombre de ces préfets varie de un à quatre.

[44] Dion Cassius, LXII, 9. LXXV, 15. - Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 14.

[45] Dion Cassius, LII, 3. - Hérodien, VII, 6. - Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1.

[46] Tarruntenus Paternus sous Commode, Papinien sous Septime Sévère, Paul et Ulpien sous Alexandre Sévère.

[47] L. 2, C., *de off. præf. prætorio* 1, 26. « Formam a præfecto prætorio datam, etsi generalis sit, minime legibus vel constitutionibus contrariam, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est, servari æquum est. » (236). — *Voy.* en général Titt., D., *de off. præf. prætorio* 1, 11 - C., *eodem* 1, 26. 27.

tifs. — Le *præfectus annonæ* surveille les approvisionnements de Rome et, en général, la police des vivres. Il juge également les délits qui s'y rapportent. — Des *præfecti ærarii* ont l'administration du trésor et une certaine juridiction dans les affaires fiscales [48].

Les magistratures avaient toujours été gratuites. Auguste crut d'une sage politique d'accorder un salaire aux agents comptables. Par la suite, tous les fonctionnaires obtinrent des traitements fixes [49].

De tout temps les magistrats avaient eu l'habitude de s'entourer de citoyens éclairés qu'ils consultaient sur les affaires qui se présentaient. De préférence ils choisissaient à cet effet des jurisconsultes. Ce qui d'abord avait été loisible finit par devenir un usage constant; et depuis le troisième siècle il se forme auprès de tous les magistrats ou fonctionnaires impériaux un conseil permanent et salarié avec voix consultative, *consilium adsessorum* [50]. — L'empereur lui-même avait un pareil conseil. Auguste y appelait les consuls, quelques autres magistrats et un certain nombre de sénateurs [51]. Les successeurs d'Auguste le composaient selon leur bon plaisir; mais Adrien lui donna une organisation stable sous la présidence du préfet du prétoire [52]. C'est dans ce conseil, *sacrum auditorium* ou *consistorium*, que l'empereur délibérait sur les affaires importantes et particulièrement sur les procès qui lui étaient soumis.

Adrien établit également une chancellerie impériale qu'il divisa en trois départements ou bureaux [53].

ÉTAT DES PERSONNES.

§ 54.

L'ancienne division en *cives, Latini, peregrini*, subsiste encore longtemps. Mais nous trouvons une restriction apportée aux abus résultant de la facilité avec laquelle les esclaves affranchis acquéraient le droit de cité. La loi *Ælia Sentia*, sous Auguste (755), statua que les esclaves de mauvaise conduite n'obtiendraient plus par l'affranchissement le droit de cité, mais seraient simplement regardés comme hommes libres. Encore leur assi-

[48] A) Dion Cassius, LII, 24. 33. LV, 26. - Titt. D., *de off. præf. vigil.* 1, 15, C., *eod.* 1, 43. — B) Tacite, *Ann.* I, 7. XI, 31. - Dion Cassius, LII, 24. 33. - Fr. 2, § 33, D., *de orig. juris* 1. 2. — Fr. 13, D., *de accusat.*, 48, 2. — C) *Voy.* ci-dessus § 54. note 35.

[49] Dion Cassius, LII, 23. LIII, 15. — *Voy.* ci-après § 73.

[50] Aulu-Gelle, XII, 13. - Tit. D., *de officio adsessorum*, 1, 22; C. *eodem*, 1, 51.

[51] Suétone, *Octave*, 35. - Dion Cassius, LII, 33. LIII, 21. LV, 27. LVI, 28.

[52] Spartianus, *Adrien*, 8. 18. 22.

[53] *Officia* ou *scrinia* (bureaux) *ab epistolis, a libellis, a memoria.* Spartianus, *Adrien*, 22. - Aurelius-Victor, *Epit.*, 29. - Lampride, *Alexandre Sevère*, 31.

gnait-elle dans cette catégorie la condition la plus défavorable, en les assimilant aux habitants des provinces soumises par les armes, *peregrini deditii*[54].

Par contre, une autre loi favorisa les affranchis qui ne tombaient pas sous l'application de la loi précédente. Anciennement, les esclaves affranchis sans l'observation des formalités prescrites, bien que protégés dans leur nouvel état par le préteur, n'acquéraient cependant pas, d'après la rigueur du droit, la liberté civile. La loi *Junia Norbana*, portée sous Tibère (770), leur accorda non-seulement la liberté, mais encore le *jus Latii*. Ces nouveaux Latins, qu'on appelle *Latini Juniani*, différaient cependant des autre Latins sous quelques rapports; leurs enfants seulement avaient tous les droits de Latins nés libres[55].

Au reste, l'acquisition des droits civils fut rendue de plus en plus facile. La latinité fut accordée à des pays entiers[56]. Même le droit de cité, que les alliés d'Italie avaient dû conquérir au prix de leur sang, s'accordait avec une légèreté extrême. Déjà César avait fait entrer des Gaulois dans le sénat romain[57]; un grand nombre de généraux et de hauts fonctionnaires étaient d'origine étrangère. La concession de la *civitas* moyennant rétribution constituait pour les empereurs une source de revenus. Aussi Marc-Aurèle l'accordait-il à qui la demandait[58]. — Enfin l'empereur Caracalla octroya le droit de cité à tous les sujets libres de l'empire[59]. Mais cette constitution n'abolit point les qualités de Latin et d'étranger; elle ne statua que relativement à ce qui existait au temps de sa publication. Il se pouvait donc qu'il y eût encore, après Caracalla, des *Latini*, savoir, ceux qui le devenaient par suite de la loi Junia Norbana, et des *peregrini*, savoir, ceux qui tombaient sous les dispositions de la loi Ælia Sentia ou ceux qui perdaient le droit de cité par une condamnation criminelle[60], ou enfin les habitants des provinces conquises postérieurement à cette ordonnance, et les mercenaires barbares servant dans les armées romaines[61].

En prenant cette décision, Caracalla n'était point guidé par des idées

[54] *Voy.* sur cette loi, également importante pour le droit privé, ci-après, tome III, § 416, où l'on trouvera également des détails sur la loi *Furia Caninia*, qui avait également pour but de restreindre l'abus des affranchissements.

[55] *Voy.* ci-après, tome III, § 416.

[56] Vespasien l'accorda à l'Espagne. PLINE, *H. N.* III, 3. 4. *Ann.*

[57] SUÉTONE, César, 76.

[58] AUREL. VICTOR, *de illustr. Cæsar.* Cf. TACITE, XV, 32. 16. - Cf. *Actes des apôtres*, XXII, 28.

[59] DION CASSIUS, LXXVII, 9. - Fr. 17. D., *de statu hominum.* - SPARTIAN. *Adrien.* 21. 1, 5. — C'est évidemment par suite d'une erreur que Justinien, dans sa *Nov.* 78. c. 5, attribue la mesure à Antonin le Pieux.

[60] P. ex. SUÉTONE, *Claude*, 16. - Fr. 10. § 6. D., *de in jus vocando* 2, 4.

[61] HAUBOLD. « Ex constitutione imperatoris Antonini quomodo, qui in orbe romano essent, cives romani effecti essent. 1819. — D'autres essais d'expliquer l'application de cette loi se trouvent dans les *Antiquités* de HEINECCIUS, I, 4, 16.

libérales, mais uniquement par des motifs d'avidité. Par ce moyen il soumit tous les sujets de l'empire à l'impôt sur les successions (*vicesima hæreditatum*, cinq pour cent), qui ne frappait que les citoyens [62].

Cette mesure fiscale ne laissa pas que d'exercer une certaine influence sur le développement du droit. D'un côté, les lois romaines sur l'état des personnes et les droits qui en résultent reçurent une application plus étendue; d'un autre côté, par une réaction naturelle, les éléments rigoureux du droit romain s'affaiblirent et subirent de plus en plus l'influence du *jus gentium*.

ADMINISTRATION DE L'EMPIRE.

§ 55. *Des finances en général.*

Auguste établit à côté de l'ancien trésor une caisse militaire et la cassette particulière de l'empereur, *fiscus* [63].

Les recettes dont se composait l'*ærarium populi* restèrent en général les mêmes que dans l'époque précédente; mais les revenus provenant des provinces subirent une grande diminution par suite du nouveau mode d'administration, d'après lequel les contrées les plus riches étaient réservées à l'empereur. De nouvelles contributions indirectes sur les vivres, sur l'administration de la justice, sur le métier des femmes publiques, etc., furent inventées [64]. Les successions et autres libéralités à cause de mort, que les héritiers ou les légataires ne pouvaient ou ne voulaient recueillir, *caduca*, formaient encore une source assez considérable de revenus. Caracalla les donna au fisc [65]. L'administration de l'*ærarium* est, depuis Trajan, définitivement confiée à deux *præfecti ærarii*.

Le revenu principal de l'*ærarium militare* se composait d'un impôt de cinq pour cent établi sur toute succession échue à un citoyen romain. Cet impôt créé par Octavien fut porté à dix pour cent par Caracalla. Macrin rétablit l'ancien taux [66]. Cette caisse recevait en outre des droits sur les

[62] DION CASSIUS, LXXVII, 9. — Caracalla porta même cet impôt à dix pour cent, *decima*. Mais son successeur Macrin rétablit la *vicesima*. — *Voy*. ci-après, note 65.

[63] Le mot *fiscus* désigne originairement un cabas, dont on se servait pour recueillir les fruits et aussi pour faire des envois d'argent. *Voy*. ci-après, § 111.

[64] Tout le monde connait le bon mot de Vespasien à propos de l'impôt sur l'urine, SUÉTONE, *Vespas.*, 23. - TZETZES, *chil*. 1.

[65] TACITE, *Ann.*, III, 25. 28. - GAIUS, II, 286. - ULPIEN, I, 21. XVII, 2. - *Fragm. de jure fisci*, § 3.

[66] DION CASSIUS, LV, 25. LVI, 28. LXXVII, 9. LXXVII, 12. - *Coll. leg. Mos.*, XVI, 9. Cet impôt avait disparu du temps de Justinien, L. 3, C., *de edicto divi Hadriani toll.*, 6. 33. — Le grand financier Caracalla doubla également l'ancienne *vicesima manumissionum*. Macrin la rétablit. DION CASS., LXXVII, 9. LXXVIII, 12.

ventes publiques, et une quote-part du prix des esclaves vendus [67].

Le *fiscus* se grossissait des revenus des provinces dont l'administration était réservée à l'empereur, des cadeaux offerts par les villes, des amendes pour les contraventions de douanes, des biens vacants et des successions que des particuliers lui léguaient [68]. Caracalla y ajouta encore les *caduca*. Les biens des condamnés, *bona damnatorum*, étaient à la disposition de l'empereur, qui les assignait à volonté à l'une des trois caisses [69].

Quand les empereurs se furent emparés de l'administration des deux *æraria*, la différence entre ces trois caisses devint illusoire, et finit par se perdre entièrement. Le fisc les absorba toutes [70].

§ 56. *Administration de Rome.*

Nous n'avons plus à traiter ici que de l'administration de la justice, qui subit des changements notables.

D'abord, depuis Octavien le peuple n'intervient plus dans les jugements criminels. Toutes les accusations de lèse-majesté et de trahison, ainsi que de malversation de la part des fonctionnaires, sont portées devant le sénat, qui connait de même des accusations capitales dirigées contre les sénateurs [71]. Il paraît également que le tribunal des centumvirs eut compétence et juridiction à l'égard de certains délits [72]. L'empereur lui-même évoque aussi beaucoup d'affaires criminelles ou les soumet à la juridiction du sénat [73]. Les tribunaux permanents pour certains crimes déterminés, *quæstiones perpetuæ*, dont le nombre avait été considérablement augmenté vers la fin de la république, subsistèrent encore quelque temps, mais ils finirent par disparaître [74]. La jurisprudence et les ordonnances impériales créèrent beaucoup de crimes nouveaux; et, en général, les fonctionnaires étaient chargés de poursuivre *extra ordinem* tout fait qui leur paraîtrait pu-

[67] *Vectigal rerum venalium et quinquagesima* (plus tard 1/25) *venalium mancipiorum.* - Dion Cassius, LV, 31. LVIII, 16. LIX, 9. - Tacite, *Ann.*, XII, 31. - Fr. 17. §. 11. D., *de verb. signif.*, 50. 16.

[68] 1) *Voy.* § 57, note 98. — 2) Pline, *H. N.*, XXXIII, 16. - Dion Cassius, LXXVII, 9. — 3) *Fragm. de jure fisci*, 18. - Fr. 16. § 10. D., *de publicanis*, 39. 4.—4) Tacite, *Ann.*, II, 48. - Fr. 96. § 1. D., *de legatis*, I, 30. - Fr. 6. § 3. D., *ad Sc. Trebell.*, 36. 1.—5) Fr. 1. § 2. Fr. 2. D., *de off. procur. Cæs.*, 1. 19.

[69] Dion Cassius, LV, 32. - Tacite, *Ann.*, VI, 2.

[70] Dion Cassius, LIII, 22. - Vopiscus, *Aurel.*, 9. 12. 20.

[71] Dion Cassius, LII, 31. 32. LVI, 40. - Tacite, *Ann.*, III, 66 70. IV, 15. XV, 20.

[72] Phèdre, *Fables*, III, 10.

[73] Suétone, *Claude*, 14. 15. *Néron*, 15. *Domit.*, 8. - Dion. Cass., LIX, 18. LX, 4. LXIX, 7. LXXI, 6. LXXVII, 17.

[74] Tacite, *Ann*, VI. 16. - Fr. 8. D., *de publicis judiciis*, 48. 1. - Fr. 1. § 3. D., *de pœnis*, 48, 19.

nissable [75]. Vers la fin du deuxième siècle, le préfet de la ville eut même la juridiction générale de tous les crimes commis à Rome et dans les cent milles à l'entour [76].—Déjà sous la république on avait dans des cas exceptionnels promis des récompenses à celui qui dénoncerait un crime; mais sous l'empire la délation finit par devenir un métier, dont l'exercice fut tantôt encouragé, tantôt restreint, jusqu'à ce que, vers la fin de notre époque, on en fit une fonction publique [77]. — Le système pénal devient très-sévère, et se distingue surtout par une tendance fiscale. La peine de mort est fréquente, mais on applique plus souvent la relégation et la déportation, dont la dernière entraine la perte des droits civils. Les esclaves peuvent être condamnés aux mines, de même que les gens de basse extraction, qui alors deviennent esclaves [78]. Toutes les peines capitales emportent confiscation des biens [79]. L'emprisonnement n'est guère usité [80].

Le préteur conserva longtemps encore la haute direction du pouvoir judiciaire dans les affaires civiles. Cependant l'étendue de ses fonctions fut restreinte d'abord par les consuls, qui reprirent en partie leur ancienne juridiction [81], et surtout par l'autorité toujours croissante des nouveaux fonctionnaires, particulièrement du préfet de la ville [82]. Mais ce qui diminua le plus l'importance des fonctions de préteur, ce fut le droit qu'avait l'empereur, en sa qualité de premier magistrat, de réformer les jugements prononcés par les autres magistrats [83]. Cet *appel* au prince n'était originairement autre chose qu'une demande de vouloir bien user du droit d'intercession, qui de tout temps avait appartenu à tout magistrat pair ou plus élevé, et particulièrement aux tribuns [84]. Les empereurs ne tardèrent pas

[75] Fr. 1. § 3. Fr. 13. D., *de pœnis*, 48, 19.

[76] Dion Cassius, LII, 21.

[77] Tite-Live, XXXIX, 14. 18. - Dion Cassius, LV, 27. - Tacite, *passim*. — Une loi *Remnia* sous la république porta des peines contre l'accusateur calomnieux. Cic., *pro Roscio Amer.*, 19. Le sénatus-consulte *Turpillien* sous Néron imposa à l'accusateur des cautions, et le menaça de peines très-sévères pour le cas où il ne donnerait pas suite à son accusation. Tit., D., *ad Sc. Turpillianum*, 48. 16.

[78] Gaius, I, 128. - Fr. 2. § 1. D., *de pœnis*, 48, 19. Il en était de même de la condamnation aux travaux forcés à perpétuité. Fr. 17. § 1. Fr. 28. § 6. D., *eod.* - Fr. 8. § 4. 5. 6. Fr. 28, pr. D., *de pœnis*, 48, 19.

[79] Tite-Live, III, 58. - Tacite, *Ann.*, III, 68. IV, 20. - Fr. 8. §§ 1. 2. D., *qui testam.*, 28. 1. - L. 1. C., *de pœnis* 9. 47.

[80] Fr. 28. § 14. Fr. 35. D., *de pœnis*, 48, 19. - L. 6. C., *eod.*, 9. 47.

[81] Tit., D., *de off. cons.*, 1, 10. - Gaius, II. 278. - Dion Cass., LX, 4.

[82] Tit., D., *de off. præf. urbi*, 1, 12. - Fr. 1. § 2. D., *de obseq. parent.*, 37. 15.

[83] Souvent aussi les empereurs jugeaient eux-mêmes en première instance, soit d'après la procédure ordinaire, en donnant un *judex*, soit en jugeant *extra ordinem* l'affaire entière. Suétone, *Octave*, 33; *Claude*, 15; *Néron*, 15; *Domitien*, 8. - Valère-Maxime, VII, 7, 3. 4. - Tacite, *Ann.*, II, 48. - Dion Cassius, LIII, 21. LX, 4. - Fr. 18. § 1. 4. D., *de minoribus* 4. 4.

[84] *Voy.* ci-dessus § 26, note 69, et § 29. — Il est à remarquer que, sous la république, le mot *appellare* est particulièrement usité quand il s'agit d'un appel à la protection des tri-

à régler l'exercice de ce privilége; ils le déléguèrent même à leurs fonctionnaires. Ainsi nous trouvons que déjà avant la fin de notre époque, le préfet de la ville forme une instance d'appel pour les décisions de tous les autres magistrats de la ville. En tout cas, un dernier recours à l'empereur restait ouvert; car, en général, d'un juge délégué on pouvait appeler à celui qui l'avait délégué [85].

Cette nouvelle institution des appellations ne fut pas sans exercer une certaine influence sur la procédure en général. Dans la procédure ordinaire, l'examen de la question de droit était séparé de l'examen du fait; l'un se faisait par le magistrat, l'autre était abandonné au juge (voyez § 55). L'empereur, au contraire, jugeant en appel, s'occupait des deux questions à la fois. Ce mode de juger, employé fréquemment par lui aussi dans les affaires qu'il examinait en première instance, fut bientôt suivi par les juges que le prince avait institués, et devint de plus en plus fréquent, surtout dans les cas nouveaux qui n'étaient prévus que par des dispositions récentes; de sorte que le nombre des *extraordinariæ cognitiones*, c'est-à-dire des procès dans lesquels le magistrat, en s'écartant de l'ancienne organisation, jugeait l'affaire entière, augmenta de jour en jour [86].

§ 57. *Administration de l'Italie et des villes libres.*

Les villes libres de l'empire n'échappèrent pas plus que Rome à l'influence de l'autocratie des empereurs. C'est surtout sur les changements opérés dans l'organisation de l'Italie que nous trouvons des renseignements précis.

Au commencement de l'empire, les priviléges de ce pays furent encore respectés pendant quelque temps. Mais, à partir d'Adrien, le dessein d'en assimiler l'administration à celle des provinces se manifeste clairement. Cet empereur divisa l'Italie entière, à l'exception de Rome, en quatre districts dont il confia le gouvernement à des *consulaires*, que Marc-Aurèle remplaça par de simples juges, *juridici* [87]. Enfin Macrin fit administrer ces districts comme les provinces par des *correctores* ou *præsides* [88].

buns. Valère-Maxime, IV, 1, 8. - Cf. Aulu-Gelle, VII, 19. — *Voy.* cependant Cic., *in Verrem*, II, 4, 65.

[85] Dion Cassius, LI, 19. LII, 33. LIX, 8. - Fr. 38. D., *de minoribus*, 4. 4.—*Voy.* encore ci-après § 78.

[86] Fr. 7. D., *de lege Corn. de falsis*, 48, 18. « ... Cum ne quidem omnino jure civili, neque jure prætorio, neque extra ordinem computentur, præterquam quod favorabiliter Divi Marcus et Commodus rescripserunt... » - Tit., D., *de extraord. cognit.*, 50. 13.—*Voy.* ci-après §§ 78. 129.

[87] Appien. *de bellis civ.*, I, 38. - Spartien, *Hadrien*, 22. - Capitolin, *Antonin. Pius*, 2. *M. Antonin.*, 11. - *Vaticana fragmenta*, 232.

[88] Dion Cassius, LII, 22. LXXVIII, 22. - Vopiscus, *Aurélien*, 39. - Trebellius Pollio, *triginta tyranni*, 24. - Aurel. Victor, *de Cæsaribus*, 33. - Eutrope, IX, 9.

Ces changements eurent nécessairement pour effet de diminuer l'autorité des magistrats municipaux. La juridiction des *duumviri juri dicundo* fut bornée à des sommes déterminées [89], et on ne leur permit pas de faire les actes judiciaires, qui émanaient plutôt du pouvoir exécutif que de la juridiction [90]. L'appel de leurs décisions était porté devant le préteur ou le *præses* [91]. Ils n'eurent plus de juridiction criminelle. Elle fut exercée par le préfet de la ville dans les cent milles à l'entour de Rome, et par les *correctores* dans les parties plus éloignées [92]. L'ordre des décurions subsiste toujours; et, comme à Rome une partie du pouvoir législatif passe du peuple au sénat, de même la curie, dans les autres villes, remplace les assemblées des bourgeois. De cette manière il se forme insensiblement une noblesse municipale, et l'on s'habitue à opposer les familles des décurions aux autres habitants, appelés *plebeji* ou *humiliores* [93].

L'Italie conserva jusqu'au règne de Maximin les droits que, dans l'époque précédente, nous avons indiqués comme formant l'élément constitutif du *jus italicum*. Son territoire jouit du privilége de la propriété romaine, et partant est exempt de l'impôt foncier, auquel les provinces sont assujetties [94]. Cette faveur est souvent accordée à des villes provinciales, *coloniæ* et *civitates juris italici* [95]. Sous les empereurs, certains droits personnels sont même assurés aux habitants de l'Italie et des villles qui jouissent du *jus italicum*. Ainsi, quand on eut commencé à accorder des priviléges aux époux qui avaient des enfants légitimes, *jus liberorum*, on exigeait cinq enfants dans les provinces, tandis que le nombre de trois ou quatre suffisait en Italie, et dans les villes qui avaient le *jus italicum*, pour assurer cet avantage [96].

[89] Ces restrictions avaient déjà lieu dans les derniers temps de la république. Lex de Gallia cisalpina, c. 21 et ci-dessus § 37 note 80. — Exceptionnellement, il y avait des *juridici ab infinito*. Gruter, *inscript.*, p. 1090, n. 13. *Voy.* de Savigny, *Hist. du dr. rom. au moyen âge*, traduite par M. Guenoux, t. 1, p. 31. - Au reste, les parties pouvaient proroger la juridiction des magistrats municipaux. Fr. 28, D., *ad municip.*, 50, 1. - Paul, *S. R.* V, 5, 1.

[90] « Ea quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non » potest. » Fr. 26, D., *ad municip.*, 50, 1. Ainsi, ils ne peuvent pas envoyer en possession ni restituer en entier; ils n'ont pas même le droit d'accorder une *in factum actio*. - *Voy.* § 44. Paul, 11, 25. 4. - Fr. 26, D., *cité*. - Fr. 4, D., *de jurisd.*, 2. 1. - Fr. 1. 4, §§ 3. 4, D., *de damno inf.*, 39, 3. - L., 4, C., *de vind. libert.*, 7, 1.

[91] *Vaticana fragm.*, 232. - Fr., 4, §§ 3, 4, D., *de damno inf.*, 39, 3.

[92] *Collat. legum Mosaic. et Rom.*, XIV, 3. - Fr., 12. D., *de jurisdict.*, 2, 1.

[93] Fr., 11, D., *de jurisd.*, 2, 1. - Fr., 2, § 3. Fr., 7, D., *de decurionibus*, 50, 2.

[94] Maximin soumit l'Italie à l'impôt foncier (Aurel.-Victor, *de Cæsar.*, 39); mais le *jus italicum* comprenait toujours l'immunité d'impôts, qui avait été originairement le privilege de l'Italie.

[95] Pline, *H. N.*, III, 4. 25. - Tit., D., *de censibus*, 50, 15.

[96] « Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat vel in Italia quatuor, vel in pro- » vinciis quinque, a tutela vel cura possunt excusari. » Pr., 1., *de excusat. tutor.*, 1, 25. — *Voy.* aussi *Vatic. fragm.*, 191. 192. 247. - Fr., 3, § 6. Fr., 4, pr. D., *de muner.*, 50, 4. - Fr., 8, pr. D., *de vacat.*, 50, 5. - L. 1, C., *qui numero*, 5, 66. - L., 5. 6, C., *de his qui numero*, 10, 51.

§ 58. *Administration des provinces* [97].

Depuis Auguste, on distingue deux catégories de provinces : l'une comprenant les provinces du peuple, dont l'administration est confiée au sénat; l'autre soumise au gouvernement direct du prince, *provinciæ Cæsaris*. Ces dernières étaient, en général, les plus importantes et celles qui étaient le plus exposées aux invasions des Barbares [98].

Le sénat envoyait dans les provinces des consulaires ou des ex-préteurs, ordinairement appelés *proconsules*, qui s'adjoignaient des lieutenants, *legati*. Les finances étaient administrées par des questeurs. Dans les provinces de l'empereur, il n'y avait pas de proconsuls; il se réservait cette dignité à lui-même; il n'y envoyait que des lieutenants, *legati Augusti pro prætore*, qui par la suite reçurent le nom de *præsides* ou *correctores* [99]. Les fonctions de trésorier y étaient remplies par un comptable (*rationalis* ou *procurator Cæsaris*), qui était ordinairement un chevalier ou un affranchi de l'empereur [100]. Au reste, cette organisation n'est pas partout identiquement la même : quoiqu'une tendance bien prononcée vers l'uniformité se fasse remarquer, nous trouvons encore des différences assez notables soit dans le mode d'administration, soit dans les titres et les attributions des gouverneurs [1].

Toutes les villes dans les provinces n'étaient pas également soumises aux præsides. Plusieurs d'entre elles obtinrent des privilèges, qui se rapportaient ordinairement à l'immunité des impôts et à l'organisation municipale. Parmi les villes privilégiées, nous avons à distinguer deux classes. D'abord les municipes, qui jouissaient de l'organisation communale, et dont les habitants avaient le droit de cité romaine [2]; puis les *civitates juris italici*, dont nous avons parlé au § précédent. Les colonies avaient en général les droits des municipes [3]; mais elles étaient comme autrefois

Cet avantage, au reste, ne peut pas être envisagé comme un élément compris dans le *jus italicum* : il n'avait rien de territorial; il ne constituait pas même un privilège personnel, car il dépendait uniquement du fait de l'habitation et s'obtenait ou se perdait par un simple changement de résidence.

[97] *Voy*. en général DION CASSIUS, LIII, 12-15.

[98] SUÉTONE, *Octav.*, 47. - DION CASSIUS, *l. l.* - STRABON, XVII, 3, 25.

[99] Fr. 1. 20, D., *de off. præsidis*, 1, 18.

[100] GAIUS, 1, 6. - Tit., D., *de off. procur. Cæsaris*, 1, 19. - TACITE, *Ann.*, XII, 60 - L. 1-6. — Il avait aussi une juridiction fiscale. L. 1-5, C., *ubi causæ fiscales*. 3, 26.

[1] Ainsi l'Égypte était administrée par un *præfectus Augustalis*, résidant à Alexandrie, qui relevait directement de l'empereur. TACITE, *Ann.*, II, 59. - Tit., D., *de off. præf. Aug.*, 1, 17. - La Judée était soumise à un *procurator* sous les ordres du *præses* de la Syrie. TACITE, *Ann.*, XII, 54. - JOSÈPHE, *Antiq. Jud.*, XVIII, 1. 4.

[2] TITE-LIVE, *Epit.*, 110. - DION CASS., XLI, 24. XLIII, 39. LIV, 25.

[3] AULU-GELLE, XVI, 13. - ECKHEL, *Doctrina numorum*. Tom. IV, cap 23, sect 5.

civium ou *latinæ*, et leur territoire n'avait le privilége du sol romain que lorsque le *jus italicum* lui avait été conféré [4].

Abstraction faite de ces exceptions, le sol provincial n'était point encore susceptible de la propriété romaine. Cependant, la condition des possesseurs fut de plus en plus assimilée à celle de véritables propriétaires [5]. Les terres du domaine public furent en grande partie usurpées par des particuliers, et surtout absorbées par les empereurs, *fundi patrimoniales* [6].

Outre les contributions indirectes, les empereurs conservèrent l'ancien impôt foncier et personnel, qu'ils eurent soin d'asseoir d'une manière plus régulière au moyen d'un cadastre et de rôles personnels, dont le premier établissement remonte au temps d'Auguste [7].

C'est dans l'administration de la justice que l'uniformité, vers laquelle tendaient les efforts des empereurs, s'introduisit avec le plus de lenteur. Dans beaucoup de matières, on laissa aux indigènes leur droit national [8]; cependant, les sénatus-consultes, les constitutions impériales et les édits des gouverneurs finirent par faire prévaloir la législation romaine qui, par contre, ne put se soustraire à l'influence des droits étrangers, *jus gentium* [9]. Dans les municipes et dans les colonies, les magistrats exerçaient une certaine juridiction civile; dans les autres villes, les contestations étaient jugées par le gouverneur ou par ses délégués. En tout cas, il y avait appel au gouverneur et un dernier recours à l'empereur [10]. La juridiction criminelle était, en général, réservée aux gouverneurs; mais ils abandonnaient ordinairement aux autorités communales la police judiciaire et l'instruction des affaires [11].

Après l'expiration du temps pour lequel les gouverneurs étaient nom-

[4] Fr. 8, § 5. 7. D., *de censibus*, 50, 15.

[5] *Voy*. ci-après § 177. - Cf. Gaius, II, 7. 20, et le passage d'Aggenus, cité § 57, note 13.

[6] *Voy*. ci-dessus § 34, vers la fin. — Aggenus, *de controv. agror.*, ed. Goes., p. 72. « Ejusmodi lites non tantum cum privatis hominibus habent (respublicæ), sed et plerumque cum Cæsare, qui in provincia non exiguum possidet. »

[7] *Evangile de St. Luc.*, II, 1. — Cassiodore, *Variæ*, III, 52.

[8] *Voy*. ci-dessus § 38, notes 3-5. Cf. *Évangile de St. Jean*, XIX, 7. - Fr. 34, D., *de legibus*, 1, 3.

[9] *Voy*. ci-dessus §§ 32. 33. 38. 39. 54. - Cf. Pline, *Epist.*, X, 77. - Gaius, I. 6. 47. - Ulpien, XI, 20.

[10] Dion Cassius, LII, 33. - Gaius, 1, 6. - Fr. 4, 8. 12. 15. 15. D., *de officio proconsulis* 1, 16. - Fr. 10, 11. D., *de officio præsidis* 1, 18. - Fr. 2. 2. D., *quis, a quo appelletur* 49, 3. - Cf. ci-après § 78

[11] Dion Cassius, LIII, 14. - Fr. 6. 11, D., *de off. procons.*, 1. 16. - Fr. 6, § 8, D., *de off. præs.*, 1. 18. - Fr. 3, D., *de jurisd.*, 2. 1. - Fr. 3. 10, D., *de custodia reorum*, 48. 3. — Dans la Judée, le collége des prêtres sous la présidence du pontife avait même la juridiction criminelle en matière religieuse, mais leurs jugements avaient besoin d'être confirmés par le procureur impérial. *Évangiles de saint Mathieu* (chapitres 26. 27), *de saint Marc* (chap. 14. 15), *de saint Luc* (chap. 22. 23), *de saint Jean* (chap. 18. 19). - *Voy*. Walter, *Geschichte des römischen Rechts*, § 800.

més, ils étaient obligés de se rendre à Rome dans les trois mois, afin qu'il fût possible de les poursuivre devant le sénat du chef de malversations ou de concussions [12].

Différentes dispositions légales avaient pour but d'assurer aux provinces une administration régulière et impartiale. Ainsi, personne ne pouvait obtenir un emploi dans la province où il était né [13]; il était défendu aux fonctionnaires de recevoir des cadeaux, de prêter de l'argent à intérêt ou d'acheter des immeubles dans leur province [14], et on n'aimait pas qu'ils emmenassent leurs femmes avec eux, ni qu'ils épousassent des provinciales [15].

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 59.

Le droit romain suit, pendant cette époque, la direction que nous avons déjà signalée vers la fin de la république (§ 39). Mais les progrès qu'il fait sont beaucoup plus rapides. L'action de la législation romaine sur les provinces soumises, et la réaction plus forte encore des idées que les Romains trouvaient généralement admises chez tous les peuples, se montrent plus puissantes [1]. La grande mesure de Caracalla, par suite de laquelle tous les sujets de l'empire devinrent citoyens, ne contribua pas peu à hâter la fusion des préceptes sévères du droit romain avec les idées plus larges du *jus gentium*. Au reste, tout concourait à favoriser ce développement du droit. La disparition de l'aristocratie, et le remplacement de l'ancien pouvoir législatif par la toute-puissance des empereurs, permirent d'introduire

[12] Dion Cassius, LIII, 15. LX, 25. - Tacite, *Ann.*, III, 66. 70. IV, 15. XV, 20.

[13] Dion Cassius, LXXI, 31. - Paul, *S. R.*, V, 12. 5. - Fr. 3, D., *de off. adsess.*, 1. 22. - Titt., C., *ut nulli patriæ suæ*, 1. 41.

[14] 1) Fr. 6, § 3, D., *de off. procons.*, 1. 16. — 2) Fr. 34, D., *de reb. cred.*, 12. 1. — 3) Fr. 62, pr. D., *de contr. empt.*, 18 1. - Fr. 6, *in f.*, *de off. procons.*, 1. 16.

[15] Tacite, *Ann.*, III, 33. 34. - Fr. 4, § 2, D., *de off. procons.*, 1. 16. - Fr. 38. 57, pr. 63, D., *de ritu nupt.*, 23. 2. - L. 6, C., *de nupt.*, 5. 4.

[1] *Voy.* ci dessus, §§ 33, 38, notes 3-5; §§ 39, 54, vers la fin; § 58, notes 8 et 9.

franchement des réformes qui auparavant n'auraient pu être obtenues que par voie détournée. Ce qui exerça une plus grande influence encore, ce fut surtout la nouvelle direction imprimée aux esprits par l'indifférence politique qui avait suivi les guerres civiles, et par les modifications que la constitution de la république avait subies. La vie publique n'existe plus; la faveur du peuple ne s'acquiert plus par des discours éloquents prononcés dans le forum; ce sont maintenant les études théoriques qui attirent les hommes les plus distingués. Ainsi se forme cette brillante série de jurisconsultes qui donnèrent une face toute nouvelle au droit de leur nation et qui, en appelant la philosophie à leur aide pour approfondir les différentes institutions du droit, durent nécessairement se rencontrer, dans la plupart des cas, avec les idées que l'on aimait à considérer comme une émanation de la raison naturelle, par cela même qu'on les trouvait reçues chez toutes les nations[2]. Aussi, ce sont les *prudentes* qui font faire le plus de progrès au droit romain; ils sont puissamment aidés par les empereurs, qui continuent l'œuvre des préteurs, mais dont l'influence devient surtout prédominante dans l'époque suivante. Le pouvoir législatif du peuple disparait bientôt entièrement; le sénat ne conserve son autorité pendant quelque temps que par la tolérance de l'empereur.

LÉGISLATION.

Décret du peuple. Leges.

§ 60.

Nous avons montré ailleurs comment le pouvoir législatif du peuple s'évanouit peu à peu. Cependant, il est à remarquer que les premiers empereurs se servirent encore des comices pour faire passer plusieurs dispositions très-importantes, surtout pour le droit privé. Ainsi nous trouvons des lois proposées par Auguste et qui donnent une nouvelle organisation aux tribunaux et à la procédure, *leges Juliæ judiciorum publicorum et privatorum*[3]. Une loi *Julia de adulteriis* punit l'adultère et renferme, en outre, plusieurs dispositions qui se rapportent au droit privé[4]. D'autres délits sont prévus et punis par les lois *Juliæ de ambitu, majestatis, de peculatu*,

[2] § 1, I., *de jure naturali, gentium et civili*, 1. 2. « ... Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque *jus gentium*, quasi quo jure omnes gentes utuntur. » Cf. ci-après, § 89.

[3] Gaius, IV, 30. 104. — *Vaticana fragmenta*, 197. 198.

[4] Parmi ces dernières nous remarquons particulièrement celle qui défend au mari d'aliéner les immeubles que la femme a apportés en dot (fundus dotalis) — *Voy.* ci-après, t. III, § 392.

de vi publica et privata, de fraudata annona [5]. Une loi *Julia vicesimaria* établit un impôt de cinq pour cent sur toutes les successions qui ne viennent pas d'un proche parent, et prescrit certaines formalités pour l'ouverture des testaments, afin de garantir la rentrée de cette contribution [6].

Mais, de toutes les lois d'Auguste, la plus remarquable et la plus importante est celle connue sous le nom de loi *Julia et Papia Poppæa*. Cette loi avait pour but principal et ostensible de diminuer le nombre des célibataires et d'augmenter ainsi la population de l'Italie, qui avait tant souffert par les guerres civiles [7]. Des amendes fortes et nombreuses, infligées à ceux qui se rendraient coupables de contraventions, assurérent en même temps au trésor des revenus considérables [8]. Nous ne possédons point le texte de cette loi célèbre, qui a exercé une grande influence sur plusieurs parties du droit privé, particulièrement sur le droit héréditaire; mais, à l'aide des renseignements contenus dans nos sources de droit, notamment dans Ulpien et Gaïus, et grâce aux travaux des savants modernes, parmi lesquels nous distinguons surtout Godefroi, Ramos, Heineccius et Hugo, nous en connaissons aujourd'hui les dispositions principales, dont nous allons donner un résumé succinct [9].

§ 61.

Déjà, en 737, Octavien avait cherché à faire passer une loi sur le mariage, mais il n'y réussit qu'en 757. Elle fut appelée *lex Julia de maritandis ordinibus,* d'après le premier chapitre qui traitait des mariages des sénateurs [10]. Quelque temps après, en 762, Papius Mutilus et Q. Poppæus Secundus, *consules suffecti,* proposèrent une loi qui, tout en suivant l'impulsion de la loi Julia, en modifiait et étendait plusieurs dispositions et en ajoutait de nouvelles. De là le nom *lex Julia et Papia Poppæa* [11].

[5] Titt., D., XLVIII, 14. 4. 13. 6. 7. 12. - Paul, V, 30. 29. 27. 26.

[6] Dion Cassius, LV, 25. LXXVII, 9. LXXVIII, 12. *Voy.* ci-dessus, § 54, note 66.

[7] Déjà, sous la république, les censeurs punissaient les citoyens sans enfants et encourageaient le mariage. Cic., *de legibus,* III, 3. - Tite-Live, XLV, 15. - Valère-Maxime, II, 9. - Aulu-Gelle, I, 6. V, 19 « præmia patrum. » — Jules César distribua des terres aux citoyens ayant trois enfants ou plus. Suétone, *César,* 20. - Dion Cassius, XLIII, 25.

[8] Tacite, *Annales,* III, 25 « incitandis cælibum pœnis et augendo ærario. »

[9] Jacob. Gothofredus, *Fontes quatuor juris civilis.* - Ramos del Manzano, *Commentarii et Reliquationes ad legem Juliam et Papiam Poppæum.* Cet ouvrage se trouve dans Meerman, *Thesaurus,* tome V, p. 1-530. - J. G. Heineccius, *Commentarius ad legem Juliam et Papiam Poppæam.* Amsterdam, 1728. Leipzig, 1776. - Hugo, *Geschichte des römischen Rechts,* p. 753 et suiv. (11e édition).

[10] Tacite, *Annales,* III, 28. - Suétone, *Octave,* 34. 35. - Dion Cassius, LIV, 16. - Gruteri *Inscript.,* p. 328. - *Vaticana fragmenta,* 179. — Ce chapitre se trouve, Fr., 44, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2.

[11] C'est-à-dire loi composée de deux lois, l'une Julia, l'autre Papia Poppæa. C'est par ce

La loi *Julia* contient d'abord plusieurs dispositions relatives à la faculté de contracter mariage. Elle défend aux sénateurs et à leurs descendants d'épouser des affranchies et des actrices, ainsi que des filles d'acteurs ou d'actrices; elle défend aux filles et petites-filles de sénateurs d'épouser des affranchis et des acteurs, ainsi que des fils d'acteurs ou d'actrices. Les autres citoyens ont plus de latitude dans leur choix, cependant il est interdit aux ingénus d'épouser des femmes de mauvaise vie [12]. Abstraction faite de ces restrictions établies dans l'intérêt des mœurs, la loi favorise les mariages sous plusieurs rapports, et abolit quelques empêchements, notamment ceux résultant du défaut de tuteur pour les femmes et du défaut de consentement du père [13]; elle déclare nul le serment de ne pas se marier, ainsi que la condition analogue ajoutée à une libéralité [14]. Elle accorde également certaines distinctions honorifiques aux hommes mariés [15].

Mais ce qui devait davantage engager au mariage, c'étaient les peines dont la loi frappait le *célibat*. Les célibataires étaient, en général, déclarés incapables de rien recueillir par testament. Ils pouvaient éviter cette peine en se mariant dans les cent jours [16], et l'on accordait aux femmes divorcées ou veuves un délai de six ou de douze mois, qui fut prolongé par la loi Papia [17]. Le même effet fut attribué aux fiançailles, pourvu qu'elles fussent suivies de mariage dans les deux ans [18].

La partie Papia Poppæa, tout en renfermant quelques dispositions sur le mariage, s'occupait plus spécialement de l'*orbité*, c'est-à-dire de la condition des personnes qui, étant mariées, n'ont point d'enfants. D'un côté, elle accordait différents priviléges à ceux qui avaient un plus ou moins grand nombre d'enfants [19]; d'un autre côté, elle contenait des dispositions pénales contre ceux qui n'en avaient point.

motif qu'elle est souvent appelée LEGES. — Il est assez plaisant de faire observer qu'aucun des deux consuls qui proposèrent cette loi n'avait d'enfants et n'était marié. DION CASSIUS, LVI, 10. — *Voy.*, en général, LE MÊME, LVI, 1. 10.

[12] Fr. 44. 47, D., *de ritu nupt.*, 23, 2. - ULPIEN, XIII, 1. XVI, 4. XIII, 2. « Ceteri autem ingenui, etc. » — C'est à ces défenses qu'est due peut-être l'institution légale du concubinat, qui offrait la possibilité d'une vie légale à des personnes auxquelles notre loi défendait le mariage. Fr. 1. 23. § 1, D., *de concubinis* 25, 7. *Voy.* ci-après tome III, § 405.

[13] Fr. 19, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2.

[14] Fr. 31, D., *qui et a quibus manum.* 40, 9. - Fr. 63. 64. 72. § 4. Fr. 74. 79. § 4, D., *de condit. et demonstr.*, 35, 1. Une loi Julia *miscella* contenait sur cette dernière matière différentes dispositions que Justinien abolit. L. 2. 3, C., *de indicta viduitate* 6, 40. - *Nov.* 22, c. 43. 44.

[15] AULU-GELLE, *N. A.*, II, 15.

[16] ULPIEN, XVII, 1. XXII, 3. - GAÏUS, II, 111. 144. 286. - SOZOMÈNE, *Hist. eccl.*, I, 9.

[17] ULPIEN, XIV. « Feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex menses; lex autem Papia a morte viri biennium, a repudio annum et sex menses. »

[18] SUÉTONE, *Octav.*, 34. - DION CASSIUS, LIV, 16. LVI, 7. - Fr. 17, D., *de sponsal.*, 23, 1.

[19] Ainsi elle leur donna un droit de préférence pour l'obtention des magistratures et des emplois publics (TACITE, *Ann.*, II, 51. VII, 16), leur permit de refuser une tutelle déférée.

L'*orbus*, en général, ne recueille que la moitié de ce qui lui est laissé par testament [20]; tandis que celui qui a des enfants en obtient la totalité [21]. Des dispositions particulières déterminaient les qualiés requises pour qu'un part humain pût compter comme enfant [22].

La loi se montre particulièrement sévère à l'égard des libéralités que des époux se feraient entre eux. S'ils n'ont point d'enfants, ils ne peuvent se laisser l'un à l'autre qu'un dixième [23] et, en outre, l'usufruit d'un tiers de leurs biens. Toutefois, il est encore permis au mari de léguer à sa femme la dot qu'elle a apportée en mariage [24]. Si les époux ont plusieurs enfants, les parts qu'ils peuvent se laisser mutuellement augmentent en proportion du nombre des enfants [25].

Plusieurs dispositions de la loi avaient pour but de prévenir les fraudes, surtout celles qu'on aurait pu commettre à l'aide de personnes interposées [26].

Au reste, toutes ces prohibitions ne s'appliquaient qu'aux hommes âgés de vingt-cinq à soixante ans, et aux femmes âgées de vingt à cinquante ans [27]. La loi exemptait spécialement les parents et alliés jusqu'au sixième

(*Vat. fr.* 194. 195. - Fr. 18, D., *de excusat.*, 27, 1); libéra les affranchis des services dus à leurs patrons (Fr. 14. 37. D., *de operis libert.*, 38, 1); facilita l'acquisition du droit de cité (Fr. 134, D., *de verb. sign.*, 50, 16), et accorda, en outre, différentes distinctions honorifiques. (Aulu-Gelle, II, 15. - *Vat. fr.*, 197). Les femmes qui avaient trois ou quatre enfants (selon qu'elles étaient *ingenuæ* ou *libertæ*) étaient également affranchies de la tutelle, à laquelle les femmes romaines étaient, en général, soumises. Gaius, I, 194. III, 44. - Ulpien, XXIX, 3. - Dosith., *de manumiss.*, § 17. 15. *Voy.* ci-après tome III, § 453.

[20] Gaius, II, 211. 286.

[21] Un enfant suffit au père ; mais il parait que la mère qui n'en avait pas plusieurs restait sujette aux restrictions que la loi Voconia avait introduites à l'égard des femmes (*voy.* ci-après, livre V), et qu'elle n'y était soustraite que quand elle avait trois ou quatre enfants. (Paul, V, 9, 1 : « Matres tam ingenuæ, quam libertinæ cives romanæ, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter et quater peperisse sufficiet. » *Ibid.*, 7 : « Libertina... quater eam peperisse sufficit. ») — Le sens du mot « solitarius pater », qui se trouve dans l'inscription du titre XIII d'Ulpien, est douteux. Généralement on croit qu'il désigne le père qui n'a qu'un enfant. M. Hugo pense qu'il pourrait bien être entendu d'un veuf non remarié, et cite comme analogie le vers suivant de Byron : « An only son, left with an only mother. »

[22] Ainsi, on compte les enfants nés dans l'esclavage (Fr., 9, D., *de captivis et postlim.*, 49, 15), et même les parts monstrueux (Fr., 135. 141. D., *de verb. signif.*, 50, 16); mais non les enfants adoptifs, du moins d'après un sénatus-consulte sous Néron (Tacite, *Ann.*, XV, 19. - Fr., 2, § 2, D., *de vacat.*, 50. 5).

[23] « Decimæ legis Juliæ et Papiæ Poppææ, » dit l'empereur Honorius, L., 2, C., *de jure liberorum*, 8. 59.

[24] Ulpien, XV. XVI, 1.

[25] On trouve les détails dans Ulpien, XV *de decimis*; XVI *de solidi capacitate inter virum et uxorem.*

[26] Fr. 30. D., *de ritu nuptiarum*, 23. 2. - Fr. 10. D., *de his quæ ut indignis auferuntur*, 34, 9. - Fr. 82. 83. D., *de acquirenda hereditate* 29, 2. Fr. un. D., *de libert. adim.*, 40, 6.

[27] Ces termes furent plus tard modifiés par les senatus-consultes Pernicien (ou Persicien) et Calvisien. Ulpien, XVI, 3. 4.

degré [28], ainsi que les personnes qui étaient absentes pour affaires publiques pendant leur absence, et un an après leur retour *personæ exceptæ* [29]. Enfin l'empereur, et le sénat pouvaient dispenser des prescriptions de la loi en accordant le *jus liberorum* [30].

Tout ce qu'une personne instituée héritière ou légataire ne recueillait pas par suite de ces dispositions s'appelait *caducum*. On désignait par le même nom les biens qu'un héritier ou légataire n'acquérait pas, parce qu'il mourait avant l'ouverture du testament, ou avant que la condition sous laquelle la libéralité lui avait été faite se fût accomplie [31]. On comprenait encore sous ce nom ce qui était enlevé à un héritier ou légataire pour cause d'indignité (*ereptitium, ereptorium*), les dispositions qui étaient considérées comme non écrites et, en général, toutes les successions vacantes [32].

Avant la loi Julia et Papia Poppæa, les *caduca* revenaient à celui dont la part avait été diminuée par la libéralité qui devenait caduque. Il s'opérait en sa faveur un droit d'accroissement. Notre loi accorde encore cet avantage aux descendants et ascendants du testateur jusqu'au troisième degré, pourvu qu'ils aient été institués héritiers. Dans tous les autres cas, le droit de réclamer la part caduque, *vindicare caducum*, compète à ceux qui figurent dans le même testament et qui ont des enfants, *qui in eo testamento liberos habent*. Parmi eux, l'héritier prime les légataires; mais plusieurs légataires nommés dans la même phrase sont, pour ainsi dire, considérés comme ne faisant qu'une personne, et sont par conséquent préférés même à l'héritier [33]. A défaut de personnes capables, les *caduca* tombent dans le trésor public, sauf les primes accordées aux délateurs [34]. Au reste, à quelques personnes que les *caduca* soient déférées, ils passent toujours avec les charges dont ils sont grevés [35].

Cette loi qui exerça une influence assez grande et généralement défavo-

[28] Ulpien, XVI, 1. - *Vaticana fragm.*, 158. 214. 219. - Sozomène, *Hist eccl.*, 1. 9.

[29] Ulpien, XVI, 1. - Fr 35-38. D., *ex quibus causis majores*, 4. 6.

[30] Dion Cassius, LV, 2. - Suétone, *Claude*, 19. - Pline, *Ep.*, II, 13. X, 2. 95. 96. - Fr. 31. D., *de ritu nupt.*, 23. 2. Nous trouvons également que le prince dispensait des peines du célibat en accordant δικαιώματα τῶν γεγαμηκότων, Dion Cassius, LX, 24.

[31] A) Ulpian, XVII, 1. - Fr. 10. D., *quemadmodum aperiantur testam.*, 29. 3. - L. un. §§ 1. 5. C., *de caducis tollendis* 6. 51.—B) Fr. 59. D., *de condit. et demonstrat.*, 35. 1. - L. un. § 7. C., *de caducis toll.*, 6. 51.

[32] Fr. 9. D., *de his quæ ut indignis auferuntur* 34. 9. - Titt. Th., C., X, 8. 9. 10. XI, 30. - L. un. §§ 2. 3. 12. J. C., *de caducis toll.*, 6. 51.

[33] Gaius, II, 206. « Deficientis portio caduca... ad eos pertinet qui in eo testamento liberos habent... 207. Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis *heredum* liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, *legatariorum* liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut *collegatarius conjunctus*, si liberos habeat, *potior* sit *heredibus*, etiamsi liberos habebunt. » - Ulpien, I, 21. XXV, 17. « ... Legatarii *patres*... » Fr. 80. 89. D., *de legatis III*. (32). — Voy. pour les détails ci-après tome III. §§ 483. 521.

[34] Fr. 13. 15. 16. D., *de jure fisci*, 49, 14.

[35] Fr. 60. § 1. D., *de cond. et dem.*, 35. 1. - Fr. 61. D., *de legatis II* (31).

rable sur plusieurs institutions du droit privé, dont elle empêchait et contrariait le développement naturel, resta en vigueur jusque dans les derniers temps de l'empire, tout en subissant quelques modifications. Caracalla paraît avoir aboli au profit du fisc le *jus vindicandi caduca*, que la loi avait accordé aux héritiers et légataires ayant des enfants [36]; mais il fut rétabli plus tard [37]. Constantin abolit les peines du célibat et de l'*orbitas*, sauf en ce qui concernait les libéralités laissées par un époux à l'autre [38]. Théodose II fit disparaître ces dernières restrictions dans la partie de l'empire qui lui était directement soumise, en accordant à toutes les personnes mariées en Orient le *jus communium liberorum* [39], disposition que Justinien rendit générale pour l'empire entier [40]. Enfin, ce dernier empereur accorda à la mère, alors même qu'elle n'aurait pas le nombre légal d'enfants, le droit de succéder dans les biens de ses descendants [41], et abolit en 534 les dernières traces de la législation caducaire [42].

§ 62.

Nous remarquons encore sous le règne d'Auguste la loi *Ælia Sentia* (757), dont il a déjà été question (§ 54), et la loi *Furia Caninia* (761), qui avait également pour but de restreindre la faculté d'affranchir les esclaves [43]. Depuis, les décrets du peuple deviennent de plus en plus rares. Le Digeste parle encore d'une loi agraire rendue sous Nerva [44]; la dernière loi dont il soit fait mention est une loi *Vectibulici* sous Trajan [45].

Le plus souvent, les lois sont votées sur la proposition de l'empereur ou du sénat. Dans ce dernier cas, le vote de la loi n'est, pour ainsi dire, qu'une sanction accordée pour la forme à un sénatus-consulte. De là vient que des dispositions législatives sont citées indistinctement tantôt comme lois, tantôt comme sénatus-consultes [46].

[36] Ulpian, XVII, 2.

[37] Fr. 89. D., *de legatis III* (32). - L. un. § 14. C., *de caducis tollendis* 6. 51. « Fiscum ultimum vocari. »

[38] L. un. Th. C., *de infirmandis pœnis cœlibatus* 8, 16. - L. 1. Th. C., *eodem* 8, 58.

[39] L. 2. 3. 4. Th. C., *de jure liberorum* 8, 17. - L. 2. J. C., *de infirm. pœn. cœlib.*, 8, 58.

[40] L. 1. C., *de jure liberorum*, 8, 59.

[41] Le sénatusconsulte Tertullien sous Adrien, avait admis la mère à l'hérédité légitime de son enfant décédé sans testament; mais, d'après l'esprit de la loi Julia et Papia Poppæa, seulement dans le cas où elle avait trois enfants, étant *ingenua*, ou quatre enfants, si elle était affranchie. *Voy.* ci-après tome III. § 443.

[42] L. 2. C., *de jure liberorum* 8, 59. - L. un. C., *de caducis tollendis* 6, 51.

[43] *Voy.* ci-après tome III. § 417.

[44] Fr. 3. § 1. D., *de termino moto* 47, 21.

[45] L. 3. C., *de servis reipublicæ manumittendis* 7, 9. Le nom de cette loi est probablement corrompu.

[46] C'est ainsi que Gaius I, 83-86 appelle *lex* une disposition qu'il avait d'abord qualifiée de *senatus-consultum*. Cf. ci-dessus, § 52, notes 26. 27.

§ 63. *Décrets du sénat.* Senatusconsulta.

A mesure que le pouvoir législatif du peuple disparait, l'autorité du sénat paraît augmenter [47], jusqu'à ce qu'à la fin elle soit aussi entièrement absorbée par la toute-puissance de l'autocrate. Au commencement de notre époque, les sénatus-consultes constituent une source très-importante du droit privé [48]. La plupart de ces décrets sont rendus sur la proposition de l'empereur (*ex auctoritate principis*) [49], qui est faite soit par l'empereur lui-même, soit par un *quæstor candidatus* [50]. Ces propositions sont ordinairement adoptées par acclamation; c'est pourquoi les auteurs citent et commentent souvent le texte de l'*oratio principis*, au lieu de celui du sénatus-consulte [51]. Au reste, les sénatus-consultes n'avaient force obligatoire qu'après avoir reçu la sanction de l'empereur, lequel, en vertu de sa puissance tribunitienne, avait le droit de *veto* absolu.

Les sénatus-consultes recevaient ordinairement leur nom du consul qui présidait au vote, quelquefois aussi de l'empereur sur la proposition duquel ils avaient été rendus [52]. Une exception assez singulière est celle du sénatus-consulte Macédonien, appelé ainsi d'après un criminel qui donna lieu à cette mesure législative [53].

Le nombre des sénatus-consultes, qui est très-considérable au commencement de notre époque, diminue de plus en plus et, à partir de Caracalla, l'autorité législative du sénat cesse d'exister.

[47] *Voy.* ci-dessus, § 51.

[48] « Senatus jubet atque constituit. » Gaius, I, 4. 83. 84. III, 32. - Fr. 2. § 12. D., *de origine juris* 1, 2. - Fr. 9. D., *de legibus* 1, 3. - § 5. I., *de jure naturali, gentium et civili* 1, 2.

[49] En sa qualité de *princeps senatus*. Dion Cassius, LIII, 1. LVII, 8. LXXIII, 5.

[50] Fr. 1. §§ 2. 4. D., *de off. quæst.*, 1. 13. - Dion Cassius, LIV, 25. LX, 2. - Tacite, *Ann.*, XVI, 27.

[51] Vopiscus, *Tacite*, 9. - Fr. 8. D., *de transact.*, 2. 15. - Fr. 20. § 6. sqq. Fr. 22. 40. D., *de heredit. pet.*, 5, 3. - Fr. 52. § 10. D., *pro socio* 17, 2. - Fr. 60. D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. - Fr. 32. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Il est intéressant de comparer les termes cavaliers dont les empereurs des derniers temps se servent avec les formes pleines de convenance des premiers empereurs. Tandis que l'empereur Adrien dit au Fr. 22. D., *de hered. petit.*, 5. 3. « Dispicite, Patres conscripti, num quid sit æquius, etc. » Septime Sévère adresse sa proposition au sénat de la manière suivante : « Præterea, P. C., interdicam, etc. » Fr. 1. § 2. D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt*. 27. 9.

[52] Par exemple, Sc. Silanianum, Pegasianum. — Claudianum, Neronianum.

[53] Macedo, qui avait tué son père afin de payer ses dettes au moyen de la succession paternelle. Le sénatus-consulte Macédonien refuse au créancier toute action tendante à poursuivre le payement d'une somme d'argent prêtée à un fils de famille, Tacite, *Ann.*, XI, 13. - Suétone, *Vespas.*, c. 11. - Fr. 1, pr. D., *de Sc. Maced.*, 14. 6. « Cum inter ceteras sceleris causas Macedo... etiam æs alienum adhibuisset... » — *Voy.* ci-après, tome II. § 316.

§ 64. *Constitutions impériales.* Constitutiones principum.

Nous avons exposé ci-dessus (§§ 49, 50) comment les empereurs réussirent à concentrer dans leurs mains tous les éléments de la souveraineté nationale. Ce n'est cependant que bien tard qu'ils s'arrogent ouvertement l'exercice du pouvoir législatif. Pendant longtemps ils se contentent d'agir d'une manière indirecte, en usant de l'influence que leur donnaient les diverses magistratures réunies dans leur personne, influence d'autant plus grande qu'on avait l'habitude d'attribuer, par la *lex imperii*, l'autorité des sénatus-consultes aux actes qu'ils feraient en leur qualité de prince [54].

Parmi les manifestations de leur pouvoir, qui agissent sur la législation, les anciens distinguent particulièrement quatre espèces : les *edicta*, les *ecreta*, les *rescripta*, les *mandata*, tous compris sous la dénomination générale de *constitutiones* [55].

L'empereur publiait des édits [56], comme tous les magistrats avaient l'habitude de le faire. Ces édits avaient naturellement la même force obligatoire, même une autorité plus grande que ceux du préteur [57]; mais il est à remarquer que le prince n'usait guère de ce moyen pour influer directement sur la législation générale [58], d'abord parce qu'il ne se trou-

[54] On ne peut considérer comme constituant des faits contraires au développement indiqué la sanction donnée par le peuple ou par le sénat à des actes posés par les *imperatores*. Déjà, sous la république, les comices avaient sanctionné d'avance tous les actes de Sylla (UT OMNIA, QUÆCUMQUE ILLE FECISSET, ESSENT RATA. CIC., *in Rullum*, III, 2. APPIAN, *de bell. civ.*, 1, 98); une loi analogue fut portée en faveur de Pompée après la guerre contre Mithridate (APPIAN, *ibid.*, II, 13); les actes de César furent confirmés après sa mort (APPIAN, *ibid.*, II, 135); enfin l'usage de ratifier les actes des empereurs décédés était général. Le fait même et la forme de ces ratifications prouvent clairement qu'il ne s'y agissait point d'un transfert du pouvoir législatif. On pourrait être tenté de voir plutôt un acte de ce genre dans les dispositions législatives qui assimilent les résolutions de l'empereur aux sénatus-consultes (DION CASSIUS, LVI, 28. - LEX DE IMPERIO VESPASIANI, c. 6); mais le contraire résulte de la nature même des sénatus-consultes (ci-dessus, § 40) et plus encore de la manière dont les empereurs usaient du pouvoir que ces lois leur donnaient. *Voy.* ci-après, note 72.

[55] C'est le terme général pour les ordonnances impériales. GAIUS, I, 5. « Constitutio principis est quod Imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit... » Dans la L. 3. C., *si minor majorem se dixerit* 2, 43, Dioclétien et Maximien distinguent cependant *constitutiones* et *rescripta*.

[56] GAIUS, I, 5. - § 6. I., *de jure nat. gent. et civ.* 1, 2. - Fr. 1, § 1, D., *de constit.* 1, 4.

[57] En vertu des dispositions législatives, dont il a été question ci-dessus dans la note 54.

[58] La plupart des édits ont un caractère local ou administratif. Nos sources mentionnent cependant, en matière de droit privé, un certain nombre d'édits que M. DE SAVIGNY, *Système du droit romain*, t. 1, § 23, note *d*, porte à vingt-trois, dont quatre déjà émanés d'Auguste. La disposition de Jules-César, qui affranchit les testaments militaires des formalités ordinaires, ne peut également avoir été qu'un édit, ou peut-être un mandat. Fr. 1. pr. D., *de testamento militis* 29, 1.

vait pas appelé, comme le préteur, à publier des *edicta perpetua*, ensuite parce qu'il disposait des comices et du sénat pour donner à ses velléités législatives la forme de la loi.

En vertu de sa juridiction, l'empereur jugeait des procès, soit en appel, soit directement en première instance [59], souvent avec la participation du sénat, plus tard régulièrement après délibération en son conseil d'État, *sacrum consistorium*, *auditorium* [60]. Ces sentences portaient, comme celles du préteur, le nom de décrets [61]. Très-souvent aussi l'empereur était consulté sur une question de droit, soit par les particuliers qui y avaient intérêt, soit par un fonctionnaire qui avait à juger la question [62]. Les rescripts ou réponses à ces demandes s'appelaient *subscriptiones* ou *adnotationes*, quand elles étaient écrites au bas de la requête, ce qui se faisait ordinairement quand celle-ci venait d'un particulier, afin que l'autorité devant laquelle l'ordonnance impériale devait être produite, fût instruite des faits auxquels elle se rapportait [63], tandis que pareille précaution n'était point nécessaire quand le rescrit était donné à la demande officielle d'un fonctionnaire. C'est pourquoi les réponses appartenant à cette dernière catégorie étaient de préférence appelées *epistolæ* ou *litteræ*, bien que ce dernier terme soit moins usité [64].

Outre ces trois espèces d'ordonnances impériales, nous trouvons encore les mandats [65], c'est-à-dire les instructions que les empereurs avaient l'habitude d'adresser aux fonctionnaires impériaux, et qui de leur nature appartiennent à la catégorie des édits, mais ne reçoivent pas cette qualification, puisqu'elles ne sont pas publiées, *edicta*.

Cette dernière espèce de constitutions impériales ne pouvait guère

[59] Suétone, *Octave*, 33. - Dion Cassius, LII, 21 33. - Fr. 38, D., *de minoribus* 4, 4. - Fr. 22, pr. *in f.* D., *ad Sc. Trebell.*, 36, 1. - Fr. 22, 26, D., *de appellationibus* 49, 1. - Cf. ci-dessus, § 56, vers la fin.

[60] A) Suétone, *Claude*, 15; *Néron*, 15; *Domitien*, 8. - Dion Cassius, LI, 18 et *passim*. — B) Dion Cassius, LII, 33 et *passim*. - Pline, *epist.*, II, 22. VI, 31. - Spartianus, *Adrien*, 8. 18. 22. - Lampridius, *Alex. Severus*, 16. - Fr. 17, D., *de jure patronatus* 37, 14.

[61] *Voy.* en général, sur les décrets des empereurs, les passages cités à la note 56, et Brisson, *de formulis*, V, 113. 182-184.

[62] L. 7, pr. C., *de diversis rescriptis* 1, 23. — Pline, *epist.*, X, 71. 72. 73. 74. 77 et *passim*. - Fr. 1, § 1, D., *de const. princ.*, 1, 4. - Fr. 9, D., *de lege Rhodia* 14, 2. — Même les esclaves pouvaient, à cet effet, s'adresser au prince, L. 1, 6, C., *de precibus imperatori offerendis* 1, 19. - L. 6, C., *de testamentaria manumissione* 7, 2.

[63] Gaius, I. 94. — Fr. 1, § 1, D., *de const. princ.*, 1, 4. — L. 10, Th. C., *de divers. offic.*, 12, 60. - L. 5, Th. C., *de itinere muniendo* 15. 3. - *Nov. Theod.* 8. *de navibus non excus.*, c. 1.

[64] § 6, I., *de jur. nat. gent. et civ.*, 1. 2 et Théophile, *ad l. l.*, « ἀντιγραφὴ πρὸς ἄρχοντος ἀναφοράν. » - *Vaticana fragm.*, 233, et *passim*. — Les rescrits adressés à une ville ou à un autre corps constitué s'appelaient, au moins dans l'époque suivante, de préférence *pragmaticæ sanctiones*. L. 7, C., *de divers. rescriptis* 1, 23. - L. 15, C., *de proximis sacrorum scriniorum* 12, 19.

[65] Dion Cassius, LIII, 15. - Pline, *Epist.*, X, 64. - Cf. Brisson, *de verborum signific* v. Mandatum.

avoir d'importance que par rapport à l'administration [66]. Les édits n'exerçaient également, par les raisons que nous avons indiquées, qu'une influence assez restreinte sur le droit proprement dit [67]. Mais les décrets et les rescrits constituent des sources fort importantes pour le droit civil pendant notre époque. Ces ordonnances n'étaient, à la vérité, que des décisions données pour un cas particulier; mais leur force obligatoire était cependant plus grande que celle d'un jugement ordinaire, qui, par application à d'autres cas, ne peut avoir que l'autorité morale résultant de sa valeur intrinsèque. Car le principe énoncé dans une ordonnance impériale constituait, par cela même qu'il émanait du prince [68], pour tous les fonctionnaires de l'empire, une règle obligatoire qui devait être appliquée à tous les cas identiques [69]. Pour faciliter cette application [70], on commença vers la fin de notre époque à faire des recueils de constitutions de ce genre, parmi lesquels nous remarquons un choix de rescrits de Marc-Aurèle, fait par le jurisconsulte Papirius Justus, et la collection de décrets impériaux du jurisconsulte Paul [71].

L'action du prince sur la législation se borna, en général, pendant cette époque, aux manifestations que nous venons d'indiquer. Ce n'est guère que depuis Dioclétien, que les empereurs prennent ostensiblement le rôle de législateurs, en publiant des constitutions consacrant des règles générales, comme c'est le caractère des lois proprement dites. Ce

[66] Nous trouvons cependant aussi quelques dispositions en matière de droit privé, empruntées à des mandats impériaux. Fr. 1, pr. D., *de testamento militis* 29, 1. - Fr. 2, § 1, D., *de his quæ ut indignis auferuntur* 34, 9. — L. 6, C., *de nuptiis* 5, 4, etc.

[67] *Voy.* ci-dessus, note 58.

[68] *Voy.* ci-dessus, note 54.

[69] Aussi les rescrits et les décrets, tout en n'étant que des décisions pour un cas particulier, n'appartiennent-ils point à la catégorie d'ordonnances qu'on appelle *personales, quæ nec ad exemplum trahuntur,* « quoniam non hoc princeps vult; nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. » § 6. I., *de j. n. g. et civ.*, 1, 2. Cf. Fr. 16. D., *de legibus* 1, 3. L. 2. C., *eodem* 2, 14. A cause du principe général qu'ils renferment, ils sont, au contraire, d'une application générale, et c'est ce que plusieurs textes ont pour but d'indiquer, en se servant des mots *rescripta generalia, generaliter rescribere.* Fr. 9. § 5. D., *de juris et facti ignorantia*, 22. 6. - Fr. 1. § 3. D., *de leg. tut.*, 26, 4. - Fr. 9. § 2. D., *de heredibus instit.*, 28, 5. - Fr. 89. § 1. D., *ad legem Falcid.*, 35, 2.

[70] Cette application était non-seulement difficile, à cause du défaut de publicité et de la diversité des espèces, mais encore dangereuse, parce que certainement le prince consacrait souvent, dans un cas particulier, une injustice qu'il n'aurait pas osé proclamer publiquement comme loi générale. Aussi Macrin voulut-il abolir la force obligatoire des rescrits : « Nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracallæ voluntates. » Capitol., *Macrin.*, 13.

[71] Papirii Justi, *libri XX constitutionum.* Le Digeste de Justinien contient seize fragments tirés de cet ouvrage. *Voy.* entre autres Fr. 60, D., *de pactis* 2, 14 et Fr. 14, D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2. — Pauli, *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum sive decretorum liber.* Le Digeste en contient vingt-huit fragments.

sont les *orationes principis* qui forment la transition entre ces deux modes d'agir [72].

Beaucoup de constitutions impériales de cette époque nous ont été conservées tant par différents auteurs qu'au moyen des collections qui en furent faites dans l'époque suivante (voyez ci-après §§ 81, 82). La circonstance que la plus ancienne ordonnance que nous trouvions dans ces collections date du temps d'Adrien [73], a engagé quelques auteurs à soutenir qu'avant cet empereur il n'y eut point de constitutions impériales. Mais la fausseté de cette opinion, qui résulte déjà des renseignements historiques que nous avons donnés ci-dessus, est encore positivement prouvée par un grand nombre d'ordonnances des premiers empereurs, que les anciens nous citent [74].

EN DEHORS DE LA LÉGISLATION.

§ 65. *Les édits des magistrats.* Jus honorarium.

Nous trouvons, comme dans l'époque précédente, les édits des magistrats tant à Rome que dans les provinces [75], et ce sont particulièrement ceux des préteurs et des édiles qui exercent une influence notable sur le développement du droit.

Quant aux premiers, passant d'une année à l'autre, ils se composaient déjà, vers la fin de l'époque précédente, d'un grand nombre de règles incohérentes et en partie surannées, dont les unes modifiaient et changeaient les autres. Pour remédier à cet inconvénient, Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron, rédigea l'édit dans une forme moins incommode. Peu après, Ofilius composa un ouvrage plus complet sur l'édit et l'arrangea avec soin d'après un certain ordre [76]. Mais le travail le plus important sur cette matière fut celui du célèbre jurisconsulte Salvius Julianus, préteur sous le règne d'Adrien.

D'après l'opinion généralement accréditée jusqu'à la fin du siècle dernier, Adrien aurait ordonné à Julien de recueillir tous les édits des préteurs et

[72] *Voy.* ci-dessus, § 62, note 51.

[73] L. C, 1. *de testamentis,* 6, 23.

[74] Parmi les édits, mentionnés ci-dessus note 58, il y en a quatre d'Auguste (Fr. 2, pr. *ad Sc. Vellejanum,* 16, 1; Fr. 26, D., *de liberis*. 28, 2; Fr. 8, pr. D., *de quæstionibus* 48, 18; *Fragm. de jure fisci,* 8). Le dixième livre des *Epistolæ* de PLINE LE JEUNE ne contient presque pas une lettre dans laquelle il ne soit question d'une constitution de Trajan. Enfin le Fr. 1, pr. D., *de testamento militis* 29, 1, fait dériver la forme privilégiée des testaments militaires d'un édit de Jules-César.

[75] GAIUS, 1, 6. - Fr. 6, § 1, D., *de custodia reorum* 48, 3.

[76] « Diligenter *composuit* edictum. » Fr. 2, § 44, D., *de origine juris* 1, 2.

d'en prendre les parties les plus importantes pour en faire un ensemble qui aurait été publié comme loi. A cette œuvre l'empereur aurait donné le titre d'*Édit perpétuel* pour indiquer qu'il devait être observé à perpétuité dans toute l'étendue de l'empire, au lieu des édits annuels que les préteurs avaient faits jusqu'alors.

Cette opinion est inadmissible. D'abord, aucun auteur ancien ne parle du travail de Julien comme d'un code qui aurait fixé la législation et mis fin à la publication des édits; et cependant cette innovation était trop importante pour que les historiens, et particulièrement les jurisconsultes, l'eussent passée sous silence. Nous avons, au contraire, la preuve précise qu'après Julien encore, les préteurs publièrent et exposèrent des édits; et il résulte de plusieurs passages très-explicites de nos sources, que postérieurement à cette publication le droit prétorien subit encore quelques changements [77]. C'est un passage d'un auteur obscur du sixième siècle de l'ére chrétienne [78], qui a induit les savants en erreur et leur a fait croire que « *edictum perpetuum* » est une loi immuable qui doit être observée à perpétuité, tandis qu'il est démontré par des preuves irrécusables que les mots « *édit perpétuel* » et « *édit annuel* » sont synonymes et signifient tous deux les édits généraux ayant force obligatoire pour toute la durée de la magistrature, en opposition à ceux rendus dans des cas particuliers [79].

Toutefois, des renseignements que nous trouvons dans les historiens et dans nos sources de droit il résulte que Julien donna réellement une forme nouvelle à l'édit des préteurs, en conservant ce qui était encore applicable, en retranchant les passages tombés en désuétude, en arrangeant convenablement le reste, et en y ajoutant, à ce qu'il paraît, les dispositions de l'édit des édiles [80]. Mais rien ne nous autorise à croire que ce travail ait été une œuvre législative destinée à mettre fin aux édits annuels, quoiqu'il semble qu'il ait été entrepris sous les auspices de l'empereur et

[77] Ces preuves se trouvent dans Gaius, Ulpien et Marcellus, tous postérieurs à Julien. GAIUS, I, 6. « Jus autem edicendi *habent* magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini... nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non *proponitur.* » — ULPIEN, Fr. 7-9, D., *de jurisdictione* 2, 1. « Si quis id quod *jurisdictionis perpetuæ* causa, non quod prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corrupuerit, etc... » — MARCELLUS, Fr. 3, D., *de conjungendis cum emancip.*, 37, 8. — ULPIEN, Fr. 1, § 13, D., *de ventre in possess. mittendo* 37, 9.

[78] EUTROPE, en parlant de l'empereur Julien, dit qu'il était « nepos Salvii Juliani qui sub divo Adriano perpetuum composuit edictum. » Son paraphraste PÆANIUS, ajoute : « *Ἰουλιανοῦ γὰρ ἔκγονος ἦν, ὃς τὸ διηνεκὲς διάταγμα τοῖς Ἀδριανοῦ χρόνοις συνέταξεν, ὃ μέχρι νῦν Ἀδριανιον καλεῖται, κατὰ τὴν τῶν Ἰταλῶν φωνὴν ἤδικτον περπέτουον.* » — *Voy.* encore AURELIUS-VICTOR, *de Cæsar.*, 19, qui va jusqu'à confondre le jurisconsulte Salvius Julianus avec l'empereur Didius Julianus.

[79] « Edicta prout res incidit. » *Voy.* ci-dessus, § 42, notes 45 et 47.

[80] *Voy.* la constit. *Omnem reipubl.*, § 4, et THÉOPHILE, *paraph. ad* § 7, I., *de jure nat., gent. et civ.*, 1, 2. Cf. PAUL, I, 13, 2.

qu'il ait même été approuvé par un sénatus-consulte [81], peut-être à l'occasion de la nouvelle administration qu'Adrien donna à l'Italie [82].

Ce qui dut nécessairement assurer une grande autorité à l'ouvrage de Julien, ce fut la décadence dans laquelle tombèrent bientôt toutes les magistratures, y compris la préture. Sa rédaction servit de base aux édits postérieurs et aux commentaires des jurisconsultes [83]. Julien lui-même paraît avoir écrit un commentaire sur l'édit, et après lui nous en trouvons d'autres de Vivien, Pomponius, Ulpien, Paul, Furius Anthianus, Saturninus et Gaius.

Malgré les nombreux travaux sur le droit prétorien, il ne nous en a été conservé que des fragments peu considérables, que les savants des siècles derniers ont réunis et commentés [84].

Les édiles, ainsi que les magistrats et gouverneurs des provinces, continuèrent également de publier des ordonnances [85]; mais vers la fin de notre époque les édits disparaissent avec ces magistratures.

Les jurisconsultes Auctoritas prudentum.

§ 66.

C'est vers le milieu de notre époque que la science arrive à l'apogée de sa gloire. Les opinions de l'école influent plus puissamment sur le développement du droit que les constitutions des empereurs elles-mêmes. Une institution particulière contribua à augmenter l'autorité des jurisconsultes. Auguste donna à plusieurs d'entre eux le droit « *ut ex auctoritate ejus responderent,* » et ses successeurs continuèrent d'accorder de pareils privilèges [86]. Nous ne savons pas exactement en quoi consistaient ces pri-

[81] Const. *Tanta*, § 18. — Const. Δέδωκεν, § 18. (L. 2, § 18. L. 3, § 18. C., *de vetere jure enucleando*, 1, 17.)

[82] *Voy.* en général sur cette question Hugo, *Geschichte des Röm. Rechts*, pages 795 et suiv. (XIe édit.) — Zimmern, *Gesch. d. R. Privatr.*, tome I, pages 131 et suiv.

[83] *Voy.* entre autres les Fr. 1. 2, D., *de his qui infam., not.*, 3, 2. Il paraît même qu'en général Justinien suivit dans le Digeste et dans le Code l'ordre de l'édit.

[84] Le premier essai de ce genre fut fait par Eg. Baron. *Voy.* ses *Opera*, t. 1. Paris, 1562. — Après lui vinrent Guil. Ranchin, 1597, dont le travail a été repoduit dans plusieurs éditions du *Corpus juris*, et particulièrement dans les *Pandectæ Justinianeæ* de Pothier. — Noodt, *Comment. in Justiniani Digesta* 1, 28. — Westenberg, *Principia juris secundum ordinem Digestorum.* — Wieling, *Fragmenta edicti perpetui*, etc. Franeker, 1733.— J. Gottl. Heineccius, *Edicti perpetui, ordini et integritati suæ restituti. P. I. II.*, dans ses *Opera posthuma*, Halle, 1744. — De Weyhe, *Libri tres edicti*, Celle, 1821. — Haubold a recueilli les textes incontestablement originaux de l'édit dans ses *Institutiones hist. dogmat.*, t. II, p. 11, Leipzig, 1826. — Nous transcrirons dans le cours de notre livre les passages les plus importants du droit honoraire, qui se rapportent au droit privé.

[85] Gaius. I, 6.

[86] Fr. 2, § 47, D., *de origine juris*, 1, 2. — § 8, I, *de jure naturali, gent. et civ.* 1, 2.

viléges; mais il est facile à concevoir que dans cette époque la qualité de jurisconsulte breveté de l'empereur dut donner une grande importance à celui qui en était revêtu. Il est même probable que les avis de ces jurisconsultes avaient une certaine autorité en justice. Du moins nous lisons que l'empereur Adrien défendit aux juges de décider contre un avis rendu à l'unanimité des jurisconsultes, et tout porte à croire que les *prudentes*, dont il est question dans ces passages (*quibus permissum est jura condere*) sont ceux qui avaient obtenu de pareils brevets, et que la constitution d'Adrien n'est que la sanction d'une constitution antérieure, ou d'un usage établi [87].

Quoi qu'il en soit, l'étude du droit devint de plus en plus florissante. Plus le droit public perdit d'intérêt et d'importance, plus les efforts des philosophes et des jurisconsultes se dirigèrent vers la théorie du droit privé. Cette tendance avait été préparée par la philosophie grecque dont l'influence, déjà si grande vers la fin de la république, devint plus puissante encore sous les empereurs. C'est surtout la doctrine des stoïciens que les esprits les plus élevés de l'époque cultivent et chérissent, et dont les principes et la méthode rigoureuse se font sentir dans la science du droit [88].

§ 67.

« Il avait existé de tout temps à Rome des dissidences d'opinion entre les *prudentes* [89]; mais sous le règne d'Auguste ces dissidences devinrent

[87] GAIUS, I, 7. « Responsa prudentum... quibus permissum est jura condere : quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet, quam velit sententiam sequi. Idque rescripto D. Hadriani significatur. » — § 8. I, *de jure nat. gent. et civ.*, I. 2. « ... Nam antiquitus institutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est... Quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum. » - THÉOPHILE, *paraphr.*, *ad h. l.* - *Voy.* aussi SÉNÈQUE, *epist.*, 94. - Au reste, il nous est impossible de nous former une idée exacte sur cette bizarre institution de jurisconsultes brevetés. *Voy.* THÉMIS, tome II, pages 17-36 (12-20 de l'édition de Bruxelles).

[88] Toutefois, il faut se garder d'exagérer l'influence que la philosophie stoïque a exercée sur le développement du droit romain, et surtout ne pas croire sur parole les commentateurs des siècles derniers, qui, souvent fort peu instruits dans l'histoire de la philosophie, avaient l'habitude de prendre pour une maxime stoïcienne tout principe général qu'ils trouvaient dans les écrits d'un jurisconsulte. - *Voy.* SCHRADER, ad Pr. I, *de just. et jure*, I. 1, et un article de M. GÉNOUILHAC, dans la *Revue de législation*.

[89] AULU-GELLE, XII, 13. « Si aut de vetere... jure, aut recepto, aut controverso, aut ambiguo, aut novo, aut constituto dicendum esset, etc. » - Des exemples de pareilles controverses sont très-nombreux. - CIC., *de oratore*, I, 38. 41. 56. 57; *Brutus*, 52; *Topica*, 8. 10; *de finibus*, I, 4; *ad famil.*, II, 30. VII, 22. - AULU-GELLE, XVII, 7.-Fr. 6. § 2. D., *si servitus vindicetur* 8, 5. - Fr. 30. D., *pro socio* 17, 2; - GAIUS, III, 149 et § 2. I., *de societate* 3, 25. - Fr. 29. § 1. 2. D., *de legatis III* (32). - Fr. 16. § 1. D., *de instrumento legato*, 33, 7. - Fr. 3. § 3. D., *de acquir. rerum dominio* 41, 1. Cf. Fr. 68 pr. D., *de usufructu* 7, 1.- Fr. 4. D., *de captivis* 49, 15, etc.

assez systématiques pour constituer la division des jurisconsultes en deux sectes ou écoles distinctes. Les fondateurs de ces deux écoles furent Labéon et Capiton [90]. »

Antistius Labeo (fr. 64), fils d'un jurisconsulte qui était tombé à Philippes en combattant contre le triumvirat, avait hérité des sentiments républicains de son père. Il fit une constante opposition à la monarchie naissante, et refusa le consulat qu'Auguste lui offrait pour se l'attacher [91]. Élève de Trebatius Testa et nourri de la philosophie grecque, surtout de celle des stoïciens, il acquit bientôt une grande réputation par sa pénétration extraordinaire et sa conséquence inflexible [92]. Indépendant dans la science comme dans sa conduite politique, il ne soumettait point son jugement aux autorités; il tâchait de pénétrer la nature des différentes institutions; il en tirait avec confiance les conclusions qui devaient en dériver, ces conséquences dussent-elles même être en contradiction avec les idées reçues; il se montrait franchement novateur dans la science [93]. De nombreux disciples

[90] Les renseignements que les anciens nous ont transmis sur ces deux jurisconsultes sont peu considérables et ne suffisent certes pas pour porter un jugement décisif, d'autant moins que nous ne connaissons rien des ouvrages de Capiton, et que nous ne possédons que peu de fragments de ceux de Labéon. Mais cela n'a pas empêché les érudits de juger à l'aide d'hypothèses plus ou moins hardies le mérite et la tendance de ces deux chefs d'école, et d'entrer à cet égard dans tous les détails imaginables. Nous avons cru devoir nous borner ici à analyser le plus succinctement possible les faits essentiels, ainsi que les opinions les plus importantes des auteurs sur les deux écoles, sauf à y ajouter quelques observations et les passages les plus remarquables des anciens sur Labéon et Capiton.

[91] Pomponius, Fr. 2. § 47. D., *de orig. jur.*, 1, 2. « ... Ateius consul fuit; Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit. » - Tacite, *Ann.*, III, 75. « Capito Ateius... consulatum ei adceleraverat Augustus, ut Labeonem Antistium, iisdem artibus (studiis civilibus) præcellentem, dignitate ejus magistratus anteiret. Namque illa ætas *duo pacis decora* simul tulit; sed Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior: Capitonis obsequium dominantibus magis probatur. Illi, quod præturam intra stetit, commendatio ex injuria: huic, quod consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur. » Les érudits sont, au reste, partagés sur le motif du refus de Labéon. D'après les uns, appuyés du passage de Pomponius, Labéon aurait préféré l'étude aux honneurs; d'autres attribuent son refus aux sentiments républicains; enfin il y en a qui tirent du passage de Tacite la conséquence que la véritable cause en aurait été le dépit de n'être que le suppléant ou du moins le successeur (suffectus) de son rival plus jeune. — Une autre preuve de l'indépendance politique de Labéon se trouve dans Suétone, *Octave*, 54, et Dion Cassius, LIV, 15.

[92] Pomponius, Fr. 2. § 47. D., *de orig. jur.*, 1, 2. « Post hunc... Antistius Labeo, qui omnes hos audivit; institutus est autem a Trebatio. »—Tous les anciens sont unanimes dans l'éloge de Labéon. *Voy.* le Fr. cité de Pomponius, le passage de Tacite, note 91, et Aulu-Gelle, XIII, 10. 12, qui lui attribue de vastes connaissances non-seulement dans la science du droit, mais encore dans l'histoire, dans la grammaire, et en général dans les sciences philosophiques. Le nombre de ses ouvrages paraît avoir été très-considérable; d'après Pomponius, il aurait laissé quadringenta (quadraginta?) volumina. Nous n'en avons que des fragments épars dans le *Digeste*.

[93] Pomponius, Fr. 2. § 47. D., *de orig. jur.*, 1, 2. « ... Hi duo primum *veluti* diversas sectas fecerunt; nam Ateius Capito in his quæ ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinæ, qui et in ceteris sapientiæ operam dederat, plurima innovare

suivirent l'exemple de Labéon. On les désignait sous le nom de PROCULÉIENS, de Proculus, l'un des chefs de l'école [94].

L'école opposée datait d'ATEJUS CAPITO, homme d'une grande érudition [95], mais qui, dans la science comme dans sa vie politique, montrait un esprit peu indépendant. Comme homme public, il s'attachait servilement aux oppresseurs de la liberté de son pays; il sut mériter ainsi les bonnes grâces d'Auguste et même de Tibère [96]. Comme jurisconsulte, il suivait avec ténacité les opinions qu'il avait recueillies des grands maitres [97]. Mais s'il n'était guère estimé des contemporains, si ses ouvrages ne jouissent que d'une réputation médiocre [98], son école n'en produisit pas moins des jurisconsultes très-célèbres. On les appelle SABINIENS, d'après Massurius Sabinus, ou CASSIENS, d'après C. Cassius Longinus.

Les savants se sont beaucoup efforcés de déterminer le caractère distinctif de chacune des deux écoles. Les uns, en se fondant sur les renseignements que nous possédons sur Labéon et Capiton, ont voulu assigner à leurs écoles un caractère politique, en considérant les Proculéiens comme poursuivant une tendance plus libérale, tandis que les Sabiniens auraient été les partisans du despotisme. Mais les faits sont loin de confirmer cette hypothèse; car, pour ne parler que des successeurs immédiats des deux chefs, l'élève de Labéon, Cocceius Nerva, fut l'ami de l'empereur Tibère [99], et C. Cassius Longinus, de qui les Cassiens prirent leur nom, fut un homme d'une grande fermeté; son indépendance lui valut même l'honneur

instituit. » Quoique étant disciple de Trebatius, il n'en différait pas moins souvent d'opinion avec lui. *Voy.* AULU-GELLE, IV, 2. - Fr. 1. § 41. D., *depos.*, 16, 3. - Fr. 1. § 2. D., *de per. et comm. rei vend.*, 18, 6. - Fr. 29, pr. 100. § 1. 3. D., *de legatis III* (32). - Fr. 19. D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 3, § 5, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 22, § 3, D., *quod vi aut clam*, 43, 24. - Nous devons entre autres à Labéon la sanction des codicilles (Pr. I., *de codicillis*, 2, 25 : « ... Post quæ tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur); » et l'introduction de l'action générale *in factum* à l'effet de demander l'exécution d'une convention que le demandeur a exécutée de son côté. Fr. 1, § 1. Fr. 19, § 1, D., *de præscr. verbis* 19, 5 et ci-après tome II, § 325.

[94] On les appelle aussi quelquefois Pégasiens, de Pégasus, autre chef de l'école; mais il est fort douteux que les anciens aient employé cette dénomination. *Voy.* BACH, *Historia juris Romani*, lib. III, c. 1, § 23.

[95] TACITE, *Ann.*, III, 70. 75. « Humani divinique juris sciens » ... « principem in civitate locum studiis civilibus adsecutus. » - AULU-GELLE, X. 20. « Publici privatique juris peritissimus. » - MACROBE, *Saturn.*, VII, 13. « Pontificii juris inter primos peritus. »

[96] POMPON., Fr. 2, § 47, D., *de orig. jur.*, 1, 2. « ... Ex his Ateius consul fuit, Labeo noluit... » (note 91.) *Voy.* aussi TACITE., *Ann.*, III, 70, où Capiton renchérit sur la sévérité de Tibère et l'engage à faire des poursuites injustes sous prétexte du bien public, « quasi per libertatem, » dit Tacite en ajoutant : « Capito insignitior infamia fuit, quod humani divinique juris sciens egregium publicum et bonas domi artes dehonestavisset. » LE MÊME, III, 75. - Nous trouvons encore une preuve des sentiments serviles de Capiton à propos d'une simple question de grammaire. SUÉTONE, *de illustr. grammat.*, c. 22.

[97] *Voy.* note 93.

[98] Il ne nous est rien resté des ouvrages de Capiton.

[99] TACITE, *Ann.*, VI, 26.

d'être poursuivi par Néron [100]. D'autres, s'appuyant de la tendance philosophique de Labéon et prenant la philosophie pour un vague sentiment d'équité, ont voulu faire des Cassiens les représentants du droit strict, que les Proculéiens auraient cherché à faire fléchir devant l'équité [1]; mais cette hypothèse superficielle est si peu confirmée par les fragments des ouvrages qui nous restent des partisans des deux écoles, que d'autres savants se sont crus autorisés à assigner aux deux sectes des rôles diamétralement opposés [2]. Enfin, d'autres pensent que les deux sectes différaient particulièrement par la méthode, en ce que les Sabiniens auraient cherché à appuyer leur doctrine de quelque autorité, soit de l'expérience, soit de la jurisprudence des auteurs ou des tribunaux, soit même des idées généralement reçues; tandis que les Proculéiens auraient procédé d'une manière plus indépendante en appliquant au droit une logique rigoureuse, et en tirant des principes une fois établis les conclusions qui devaient en résulter [3]. Cette opinion, quoiqu'elle ne soit pas non plus prouvée d'une manière irréfragable, n'est cependant pas démentie par les renseignements positifs que nous possédons, et elle est assez conforme à l'idée que nous devons nous former des chefs des deux sectes [4]. Il peut paraître étonnant, au premier abord, que l'école des Sabiniens, procédant d'une manière assez étroite, ait cependant, en somme, produit des jurisconsultes plus célèbres que celle des Proculéiens. Mais on ne doit pas perdre de vue que plus le principe de ces derniers était élevé, plus il présentait de difficultés, et plus il exposait nécessairement ceux qui le suivaient à tomber dans les erreurs, tandis que les partisans de l'école opposée, en scrutant moins sévèrement et en agissant avec moins de hardiesse, étaient mieux préservés de ce danger. Toutefois, il se pourrait que même les erreurs de l'école proculéienne aient été plus favorables au développement de la législation que les savants travaux de leurs adversaires.

Quoi qu'il en soit, la séparation des deux écoles dura assez longtemps. Gaius, qui vécut du temps de Marc-Aurèle, se donne pour partisan de l'école des Sabiniens, *nostri præceptores*, qu'il oppose à celle des Proculéiens, *diversæ scholæ auctores* [5]. Cependant les partisans d'une école

[100] Tacite, *Ann.*, XIII, 48. XIV, 43 et seqq. XVI, 7. 9. - Suétone, *Néron*, 37.

[1] Bach, l. l., § 7. 8.

[2] Hommel, *de princip. causa diss. inter Labeonem et Capit. horumque sectatores*. Lips., 1750. - Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 7, notes 16 et suiv.

[3] Dirksen, *Beiträge*, pages 50-119. - Zimmern, *Geschichte des R. Privatr.*, tome I, § 66. - M. Giraud, *Introd. historique aux Éléments d'Heineccius*, pag. 312.

[4] « Labéon, esprit élevé et étendu, dialecticien subtil et novateur audacieux, soumettait » tout au creuset de sa logique, tandis que Capiton, érudit timide et modeste, suivait avec » respect les traces de ses devanciers. » M. Giraud, page 316.

[5] Gaius, I, 196. (Ulpien, XI, 28). - Le même, II, 15. 37. III, 87. 98. 141. (§ 2. I., *de emt. et vend.*, 3, 23), etc.

n'étaient pas assez serviles pour rejeter aveuglément les opinions de l'école opposée [6]. Peu à peu, les dissidences s'effacèrent même, et nous trouvons à la fin beaucoup de jurisconsultes qui n'appartiennent à aucune des deux sectes [7]. Après Septime Sévère, il n'en reste plus de trace.

§ 68.

Pomponius, l'auteur d'un fragment du Digeste très-important pour l'histoire du droit romain, énumère les jurisconsultes de notre époque d'après la secte à la laquelle ils ont appartenu [8]. Il range parmi les partisans de Labéon deux jurisconsultes du nom de Nerva, père et fils. Nous avons déjà fait mention du premier; le second était fort estimé de Néron, et on le croit père de l'empereur Nerva, successeur de Domitien [9]. Vers la même époque vécut Proculus (fr. 37), qui jouit d'une très-grande autorité et qui donna son nom à l'école de Labéon [10]. Après lui vinrent Pegasus, préfet de la ville sous Vespasien, et probablement auteur du sénatus-consulte Pégasien, Celsus père et fils (fr. 142) [11], et Neratius Priscus (fr. 64),

[6] Aulu-Gelle, XIII, 12. - Gaius, II, 218. III, 98. 167. - Fr. 54, pr. D., *de condit.*, 35, 1. - Fr. 2, § 1. Fr. 20, § 3. Fr. 28, § 1, D., *de statu liberis* 40. 7. - Chez Gaius, III, 140, nous voyons dans une controverse Ofilius et Proculus contre Labéon (et peut-être Cassius).

[7] Les modernes les appellent ordinairement *miscelliones* d'après un passage de Festus: « *Miscelliones* appellantur, qui non certæ sunt sententiæ sed variorum mixtorumque judiciorum sunt. » Dans la plupart des ouvrages des siècles derniers on trouve encore le mot « *herciscundi* » pour désigner les jurisconsultes éclectiques. Cette expression bizarre doit son origine à une leçon erronée dans Servius, *ad Virg. Æn.*, III, 60. Ce commentateur, après avoir parlé de diverses opinions sur le sort de l'âme après la mort, ajoute : « Rite ergo reddita legitima sepultura, redit anima ad quietem sepulcri, quam stoici *terris condi*, i. e., medium secuti tam diu durare dicunt, quam diu durat corpus. » Or Cujas, lisant dans un manuscrit au lieu de *terris condi*... le mot *herciscundi* crut que les anciens s'étaient servis de ce terme pour désigner des philosophes qui n'appartenaient pas à une secte déterminée (medium secuti); et c'est ainsi que ce mot a passé dans les ouvrages sur l'histoire du droit romain. - *Voy.* Bach, *Hist. jurispr. Rom.*, lib. III, c. 2, § 3 et Hugo, *Geschichte des Römischen Rechts*, page 833 (XI[e] édition).

[8] Fr. 2. § 47. D., *de origine juris* 1, 2.

[9] Tacite, *Ann.*, XV, 72. — Fr. 1, § 3, D., *de postul.*, 3, 1. Il a écrit *de usucapionibus*. Fr. 47, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[10] On n'est pas d'accord sur son prénom. Les uns l'appellent Sempronius, en se fondant sur le Fr. 47, D., *de legatis II* (31); mais il est plus probable que c'est le même Licinius Proculus dont parle le Fr. 17, D., *de jure patron.* 37, 14, et qui fut préfet du prétoire sous Othon. (Tacite, *Hist.*, I, 46. 82. 87. II, 39, 40. 49. 60). Il a écrit *Epistolarum libri* et des *notes sur Labéon*, à moins que ces dernières n'aient fait partie des *Epistolæ*. *Voy.* Fr. 69, D., *de contr. empt.* 18, 1. - Fr. 12, § 1, D., *de præscr. verbis* 19, 5. — Cf. Wieling, *Jurispr. restit.*, p. 118.

[11] Nous n'avons que fort peu de renseignements sur Pegasus (note 94). Gaius, I, 31. II, 254. III, 64. - § 5, I., *de fid. hered.* (2, 23). — Celsus père est peu connu; le fils fut deux fois consul sous Trajan et Adrien. Il a écrit *Digesta*, *commentaria* et *quæstiones*. Le Digeste contient 142 fragments de lui; et il y est souvent mentionné d'une manière fort honorable. Il est encore très-connu à cause de la réponse un peu grossière qu'il fit à une consultation qui lui paraissait niaise. (*Quæstio Domitiana, responsio Celsina*. Fr. 27, D., *qui test. fac.*, 28, 1).

pour lequel Trajan avait tant d'estime, qu'il songea à le désigner pour son successeur à l'empire [12].

Parmi les Sabiniens, Pomponius cite d'abord Massurius Sabinus, qui reçut de Tibère le *jus respondendi*. Quoique le Digeste ne contienne rien de lui, il est cependant certain qu'il exerça une très-grande influence sur la science du droit [13]. Puis C. Cassius Longinus, dont nous avons déjà parlé, et qu'il ne faut pas confondre avec L. Cassius Longinus [14]. Après lui vinrent Cælius Sabinus, consul sous Vespasien, Priscus Javolenus (fr. 206), qui florissait sous Trajan et fut un des jurisconsultes les plus distingués de son école [15]. Il eut pour élèves Tusianus, Aburnus Valens (fr. 20) et le célèbre Julien [16].

Ici finit le tableau de Pomponius. Nous remarquons, en outre, parmi les jurisconsultes antérieurs à Julien, Urseius Ferox, sur lequel Julien fit un commentaire, P. Atilicinus, contemporain de Proculus et de Nerva, Ariston, l'un des plus célèbres jurisconsultes sous Trajan, et Plautius, sur lequel écrivirent Priscus Javolenus, Pomponius et Paul [17].

§ 69.

C'est particulièrement à partir du règne d'Adrien que nous voyons paraître les grands noms qui assurèrent à la jurisprudence romaine une supériorité non contestée.

[12] « Commendo tibi provincias, si quid mihi fatale acciderit. » Spartian., *Adrien*, c. 4. (V. Dodwell, *Prælect. Cambden.*, XVI, p. 518.) Il a écrit *Regulæ, Membranæ, Responsa, Epistolæ* et peut-être *Libri ex Plautio*. — *Voy.* ci-après note 15.

[13] Ses *libri III juris civilis* avaient une si grande autorité que plusieurs jurisconsultes célèbres, Ariston, Fufidius, Pomponius, Paul et Ulpien écrivirent des commentaires et des notes sur cet ouvrage. Il écrivit en outre *commentarii, memorialia, fasti, responsa*. — Pomponius nous le représente comme si pauvre que ses élèves pourvurent à sa subsistance.

[14] *Voy.* page 134. Ce fut ce dernier que Caligula voulut faire périr sur la foi d'un oracle qui avait répondu « ut sibi a Cassio caveret. » (Zimmern, *Gesch. d. R. Privatr.*, page 317.)— Au reste, C. Cassius est souvent appelé Caius tout court ; et c'est de lui, et non point de Gaius, qui vécut sous Marc-Aurèle, qu'il s'agit dans les *Libri ex Cassio* du jurisconsulte Javolenus. Cf. 70, pr. D., *de usufr.* 7, 1. - Fr. 78, D., *de solut.* 46, 3.

[15] Plin. *Ep.*, VI, 15. - Fr. 55, D., *mandati* 17, 1. - Fr. 55, D., *de condit.* 35, 1. - Fr. 5, D., *de manum. vind.* 40, 2. C'est de lui, et non point de Neratius Priscus, qu'il est question quand nous trouvons le simple nom Priscus. Plin, *l. l.* — Fr. 10, § 2, D., *de usu* 7, 8. Il a écrit *Libri ex Cassio* et *Plautio, ex posterioribus Labeonis*, et *Epistolæ*.

[16] Nous ne savons rien sur *Tuscianus*. — *Aburnus Valens* vécut sous Trajan, et il paraît qu'il a encore fait partie du conseil d'Antonin le Pieux. Il a écrit sur les *fidéicommis* et les *actions*. — Nous reviendrons encore sur *Julien*.

[17] *Julianus ad Urseium*. *Voy. Ind. florent.*, et *Coll. leg. Mosaic.*, XI, 7. —*Atilicinus* est cité comme contemporain de Proculus au Fr. 17, D., *de pactis dotal.* 23, 4. — *Ariston* était élève de C. Longinus et ami de Pline le jeune, qui en fait le plus grand éloge. Plin, *Ep.*, I, 22. VIII, 14. Le Digeste cite de lui des *notes* sur Labéon, Cassius et Sabinus. *Voy.* aussi

Salvius Julianus (fr. 457) remplit les fonctions les plus élevées sous Adrien, Antonin le Pieux et Marc-Aurèle [18]. Son travail sur l'édit acquit une autorité immense et servit de base à tous les travaux ultérieurs sur cette matière (§ 65). Un de ses contemporains, et peut-être son élève (S. Cæcilius) Africanus (fr. 131), jouit d'une grande réputation de son temps, mais nous ne connaissons de lui qu'un seul ouvrage, dans lequel il se montre souvent d'une subtilité excessive. Sous Antonin, nous trouvons encore Volusius Mæcianus (fr. 44), qui compte Marc-Aurèle au nombre de ses élèves [19]; Terentius Clemens, dont nous ne savons rien, si ce n'est que ses 20 livres *ad legem Jul. et P. P.* ont fourni 35 fragments au Digeste.

Les nombreux fragments que le Digeste contient de Pomponius (ils sont au nombre de 588), et surtout le passage du titre *de origine juris* que Justinien lui attribue, et qui est une source très-importante pour l'histoire de la jurisprudence romaine, ont valu à ce jurisconsulte une grande célébrité [20]. Mais les renseignements que nous possédons sur lui sont si incomplets, que les érudits n'ont pas encore pu tomber d'accord sur la question de savoir s'il ne faut pas admettre deux Pomponius, l'un appelé Sextus et antérieur à Julien, l'autre contemporain de Marc Aurèle.

Gaius ou Caius (fr. 536), dont la réputation était déjà grande dans l'antiquité, a acquis pour nous une importance toute particulière par suite de la découverte de ses Institutes, qui ont jeté tant de lumières sur l'histoire du droit romain. Mais sa vie est beaucoup moins connue que ses ouvrages; nous ignorons même jusqu'à son nom, son origine, sa patrie. L'époque à laquelle il florissait est également fort contestée parmi les érudits, et il s'est trouvé des auteurs qui le font vivre au cinquième ou sixième siècle de l'ère chrétienne. Cette opinion est évidemment erronée; il résulte de plusieurs passages de Gaius même, qu'il vivait sous Antonin le Pieux et Marc-Aurèle [21].

ci-après, t. II, § 523. — Nous ne savons presque rien sur Plautius. *Voy.* Heineccius, *Hist. juris*, § 216.

[18] Marc-Aurèle et Verus l'appellent « amicus noster. » Fr. 17, pr. D., *de jure patronatus* 37, 14.

[19] Capitol., *Marc.*, c. 3. — Nous ne savons rien de précis sur les ouvrages de Volusius Mæcianus. On lui attribue ordinairement la petite dissertation *de assis distributione*, dont nous avons parlé § 6, n. 5.

[20] Il est, au reste, fort douteux si le fameux Fr. 2, D., *de origine juris*, 1. 2, est réellement tiré de l'ouvrage de Pomponius, intitulé *Enchiridion*, comme l'indique l'inscription du *Digeste*, ou s'il n'est pas plutôt une compilation de plusieurs auteurs différents à laquelle les rédacteurs du *Digeste* ont donné le nom de Pomponius, parce qu'il en avait peut-être fourni la majeure partie. Cette dernière opinion parait d'autant plus admissible que Lydus, *de magistr. reip. Rom.*, I, 26, cite les §§ 22. 23, de ce fragment comme étant tirés de l'ouvrage de Gaius sur la loi des Douze Tables. *Voy.* au reste Wenck, *Magister Vacarius*, page 94, note *m.* - Niebuhr, *Röm. Gesch.*, tome I. page 277 (IVe édition).

[21] Gaius, I, 102. II, 195. - Fr 11, pr. D., *de jurisd.*, 1. 2. - Fr. 24. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24. 1. - Fr. 73. D., *de legatis I* (30), coll. Ulpien, XXIV, 8. - Fr. 56. D., *de leg. II* (31).-

Parmi ses nombreux ouvrages, qui ont fourni 536 fragments au Digeste, nous nous bornons à citer ses *Institutionum commentarii IV* et ses *Res quotidianæ sive aureæ*, qui ont servi de base et de modèle aux Institutes de Justinien [22].

Ulpius Marcellus (fr. 158), après avoir siégé dans le conseil d'Antonin le Pieux, se distingua encore sous Marc-Aurèle et sous Commode, autant comme capitaine que comme jurisconsulte [23]. Q. Cervidius Scævola (fr. 307), eut pour élèves l'empereur Septime-Sévère et le célèbre jurisconsulte Papinien [24]. Vers la même époque vécurent Junius Mauricianus (fr. 4), Claudius Saturninus que plusieurs interprètes croient être le même que Venuleius Saturninus (fr. 1), Papirius Justus, qui fit une collection de constitutions impériales (fr. 10), Tarruntenus Paternus, qui écrivit *de re militari* et fut mis à mort sous Commode (fr. 2).

§ 70.

Æmilius Papinianus (fr. 596), fut le condisciple, l'ami et le ministre de l'empereur Sévère, qui, en mourant, le chargea de maintenir la concorde entre ses deux fils. Caracalla, ayant fait périr son frère Géta, pria Papinien de justifier ce crime auprès du sénat, et, sur son refus, il le fit assassiner [25]. Papinien jouissait d'une vénération méritée tant à cause de son caractère que de ses connaissances. On l'a appelé le prince des jurisconsultes; les historiens, les auteurs de droit, les empereurs lui donnent les épithètes les plus flatteuses, et au cinquième siècle encore son autorité comme jurisconsulte primait celle de tous les autres (voyez ci-après § 8) [26]. Parmi les ouvrages de Papinien, on remarque particulièrement *responsa* et *quæstiones*.

Fr. 96. D., *de legatis III* (32). - Fr. 90. D., *de condit.*, 35, 1 - Fr. 63. § 5. D. *ad SC. Trebell.*, 36, 1.

[22] Const., *Imperatoriam majestatem*, § 5... Quas ex omnibus antiquorum institutionibus. § 6... et præcipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum, quam rerum quotidianarum... legimus... — *Voy.* sur les *Institutiones* ci-dessus, § 6, nº 1, et ci-après § 85.

[23] Dion Cassius, LXXII, 8. - Zonaras, XII, 4.

[24] Spartian., *Caracalla*, 8. — Modestin le compte avec Paul et Ulpien parmi les κορυφαῖοι τῶν νομικῶν. Fr. 13, § 2, D., *de excusat.* 27, 1.

[25] Spartian, *Caracalla*, 8. — Dion Cassius, LXXII, init. - Zosime, I, 9. — C'est en se fondant sur une inscription dont l'authenticité est plus que douteuse, que la plupart des interprètes soutiennent qu'il serait mort à l'âge de 36 ans. *Voy.* Gruter, *Inscr.*, p. 340, n. 8. - Terrasson, *Hist. de la jurispr. rom.*, p. 274. - Heineccius, *Hist. juris*, § 330. - Zimmern, *Gesch. d. Röm. Privatrechts*, § 98, notes 3, 4.

[26] Spartian., *Sévère*, 21, l'appelle « juris asylum et doctrinæ legalis thesaurus. » — *Voy* aussi Cassiodore, *Variæ*, VI, 5. - § 7, I, *de fid. hered.* 2, 23. - Const., *Deo auct.*, § 6. - L. 30, C., *de fideicommissis* 6, 42, etc.

Les deux jurisconsultes qui ont fourni le plus de fragments à la compilation de Justinien sont Paul et Ulpien.

Julius Paulus (fr. 2087), sur la patrie duquel les interprètes ont émis les opinions les plus opposées [27], fut assesseur de Papinien dans la préfecture de prétoire, dignité à laquelle il fut élevé lui-même par la suite. Il a été peut-être l'auteur le plus fécond parmi les jurisconsultes romains. Nous ne possédons de lui qu'un livre, *sententiæ receptæ* (v. § 6, n° 3), et 2087 fragments contenus dans le Digeste. On lui reproche quelque obscurité et une trop grande subtilité; cependant il faut reconnaître qu'il est en général très-conséquent dans ses raisonnements.

Domitius Ulpianus (fr. 2461), né en Phénicie, fut préfet du prétoire sous Alexandre Sévère, et l'un des conseillers les plus intimes de cet empereur. Il mourut assassiné par les gardes prétoriennes qu'il avait irritées par ses réformes [28]. Les érudits se sont livrés à des discussions aussi animées qu'oiseuses sur la valeur morale d'Ulpien; tandis que, sur la foi d'un historien, on s'est cru autorisé à en faire le plus grand éloge, d'autres lui ont fait les reproches les plus sanglants, particulièrement à cause d'une persécution qu'il aurait dirigée contre les chrétiens [29]. — Quoi qu'il en soit, sa réputation de jurisconsulte est immense; il occupe le premier rang après Papinien, et ses ouvrages ont fourni à peu près la moitié du Digeste. Nous avons en outre de lui un petit ouvrage, *Regularum liber* (§ 6, n° 2). Ce qui distingue en général Ulpien, c'est une précision remarquable dans l'exposition et une grande clarté dans l'argumentation. Cependant on lui a reproché de trahir son origine par de nombreux hébraïsmes.

D'autres contemporains des Sévère étaient Claudius Tryphoninus (fr. 79), Arrius Menander (fr. 6) et Æmilius Macer, qui écrivirent *de re militari;* Papirius Fronto, Callistratus (fr. 101), Venuleius Saturninus (fr. 71 cf. ci-dessus § 69), Licinius Rufinus (fr. 17), Florentinus (fr. 42), Ælius Marcianus (fr. 282) et Tertullien, que plusieurs interprètes croient être le même que le célèbre Père de l'Église (fr. 5) [30].

Sous Alexandre Sévère, et encore après lui, florissait Herennius Modestinus, qui clôt la suite des jurisconsultes classiques [31]. Le Digeste contient 345 fragments tirés de ses ouvrages, dont plusieurs écrits en grec. Il peut

[27] La ville de Padoue le réclame et lui a fait ériger une statue.

[28] D'après Xiphilin., *ex Dione,* LXXX, ioit., il aurait aussi fait assassiner ses prédécesseurs. *Voy.* encore Zosime, I, 11. — Cf. Heineccius, *historia juris,* § 336.

[29] On fonde cette accusation sur Lactance, *Div. Instit.*, V, 11. « ... Rescripta principum nefaria collegit, ut doceret, quibus pœnis affici oporteret eos qui se cultores Dei confiterentur, » et sur le Fr. 3, § 5, D., *de decur.*, 50, 2. — Lampride, dans la vie d'Alexandre Sévère, fait à plusieurs reprises le plus grand éloge d'Ulpien.

[30] Cette opinion est particulièrement soutenue par Cujas et Hugo Grotius.—Elle est combattue par Ménage, Majansius, Otto.

[31] Il vécut encore sous Gordien III. L. 5, C., *ad exhibendum* 3, 42.— L., ult. C., *si ex falso instr.*, 7, 58.

être comparé aux meilleurs auteurs des temps antérieurs ; il jouissait encore d'une grande autorité du temps des empereurs chrétiens (ci-après § 81).

Après lui, l'étude du droit tombe entièrement, et au vif éclat dont la jurisprudence a brillé depuis Trajan jusqu'à Alexandre Sévère, succède tout à coup, et pour ainsi dire sans transition appréciable, une profonde obscurité. On ne cite même plus un seul jurisconsulte depuis Modestin jusque vers le milieu du quatrième siècle, à moins qu'on ne compte quelques auteurs dont les noms se trouvent dans les Pandectes, sans qu'on puisse déterminer exactement l'époque à laquelle ils ont vécu, comme Furius Anthianus (fr. 3), Rutilius Maximus (fr. 1) et Julius Aquila (fr. 2).

Cependant l'enseignement du droit s'organisa d'une manière plus régulière vers la fin de notre époque. Les auteurs parlent de professeurs de droit auxquels certains priviléges sont accordés, et Ulpien nous apprend qu'ils se faisaient payer leurs leçons, quoique, à la vérité, on leur refusât une action à l'effet de poursuivre en justice le payement de leurs honoraires [32]. Vers le commencement du troisième siècle, nous trouvons une école spéciale de droit à Berytos en Phénicie, qui acquit une grande célébrité et lutta avec avantage contre deux autres écoles qui se formèrent par la suite à Rome et à Constantinople [33].

[32] Fr. 1, § 5, D., *de extraord. cognit.*, 50. 13. — *Voy.* encore Fr. 6, § 12, D., *de excusat.*, 27, 1.

[33] L. 1, C., *qui ætate vel prof. se excusant*, 10, 49. — Justinien appelle Béryte « legum nutrix. » Const., *Omnem reipubl.*, § 7. — *Voy.* au reste Heineccius, *hist. juris*, §§ 361 et seq.

QUATRIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS DIOCLÉTIEN JUSQU'A JUSTINIEN.

1037-1318 de Rome; 284-565 de l'ère chrétienne.

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

COUP D'OEIL GÉNÉRAL.

§ 71.

La monarchie se montre franchement absolue; les formes républicaines ont même entièrement disparu; le sénat seul existe encore, mais il est aussi vil qu'impuissant. Les anciens magistrats sont remplacés par des fonctionnaires impériaux. Ce régime, préparé depuis longtemps, fut complétement organisé par Dioclétien et Constantin. Le premier y introduisit en même temps la pompe et le luxe d'Orient qui allaient si bien au despotisme impérial. Constantin fortifia encore l'influence des idées asiatiques en établissant sa résidence à Byzance, *Constantinopolis, nova Roma.* Cette ville reçut une administration analogue à celle de l'ancienne Rome. Elle eut son sénat, et l'un des consuls devait y résider [1]. Des constitutions impériales lui accordèrent le *jus italicum,* et bientôt elle obtint tous les droits et priviléges de l'ancienne métropole. Pendant longtemps néanmoins, la langue latine resta la seule langue officielle dans les tribunaux [2]. En général, l'influence orientale se fit moins sentir dans le droit privé, parce que d'abord la législation était déjà solidement établie par les travaux des jurisconsultes classiques, et que, d'un autre côté, les idées asiatiques devaient nécessairement céder devant la puissance du *jus gentium,* dont l'autorité devint de plus en plus puissante.

[1] PROCOPE, *Anecd.*, p. 142. - L. 15. 16, Th. C., *de metatis* 7, 8.

[2] Arcadius permit aux gouverneurs des provinces de rédiger leurs jugements en grec. L. 12, C., *de sententiis et interlocut.*, 7, 45. Mais à Constantinople l'usage de la langue latine ne disparut que sous Justinien. Jo. LYDUS, *de magistr.*, II, 12. III, 11. 20. 42. - Le Fr. 48, D., *de rejudicata* 42. 1, dit encore : « Decreta a prætoribus latine interponi debent. »



Il y eut encore un autre élément qui s'opposa à l'invasion trop rapide de la barbarie orientale. Le culte chrétien fut toléré et reconnu par Constantin, et finit même par devenir la religion de l'État [3]. Toutefois, le christianisme avait déjà perdu et perdit de plus en plus de la force créatrice qui lui avait assuré une si grande puissance morale dans les premiers siècles, et ce fut bien plus l'esprit de parti qui déchira alors l'Église, que la sublime doctrine du Christ, qui fit sentir son influence sur la législation romaine. Aussi, tandis que la nouvelle religion n'était pas même assez puissante pour abolir l'esclavage, nous voyons surgir force ordonnances aussi absurdes que cruelles contre les hérétiques, les apostats et tous ceux qui n'appartiennent pas à l'Église orthodoxe.

Constantin donna à l'empire une administration sévèrement organisée. Il sépara d'abord strictement le pouvoir militaire d'avec l'administration civile. L'empire entier fut divisé en quatre grandes parties, à la tête desquelles se trouvaient des préfets du prétoire. Chaque préfet avait sous sa direction plusieurs diocèses. Le préfet d'Orient avait les diocèses d'Asie, d'Égypte, de Pont et de Thrace; celui d'Illyrie administrait la Macédoine et la Dacie; l'Italie, la Dalmatie et la côte septentrionale d'Afrique étaient soumises au préfet d'Italie; enfin la Gaule, l'Espagne et la Grande-Bretagne formaient le département du préfet des Gaules [4]. Les diocèses étaient administrés par des gouverneurs, appelés *vicarii*, et dans quelques endroits *proconsules*. Dans un diocèse il y avait plusieurs provinces, gouvernées par des *rectores*, qui sont aussi appelés *consulares*, *præsides* ou *correctores*.

Le pouvoir militaire était confié à deux chefs suprêmes, *magistri militum*, dont l'un commandait l'infanterie, *magister peditum*, l'autre la cavalerie, *magister equitum*. Ils avaient pour inférieurs immédiats des *duces*, dont quelques-uns portaient le titre plus élevé de *comites* [5]. Au reste, les divisions militaires n'avaient aucun rapport avec les divisions géographiques de l'administration civile.

Les quatre préfectures avaient déjà existé de fait sous Dioclétien, qui avait abandonné à ses corégents l'administration des autres parties de l'empire pour se réserver l'Orient. Constantin réunit l'empire entier sous son sceptre, et le partage qu'il en fit entre ses trois fils cessa bientôt ses effets par la mort de deux d'entre eux. En 364, Valentinien prit pour corégent son frère Valens, et lui confia les deux préfectures d'Asie et d'Orient sous le nom d'Orient. Après avoir dominé seul pendant quel-

[3] Lactance. *de mortibus persecutorum*, 48. - Eusèbe, *Hist. eccl.*, X, 5. - Tit., C., *de summa trinitate*, 1, 1.

[4] Zosime, II, 33.

[5] Zosime, II, 33. - Tit., Th. C., VI, 14; J. C., XII, 12. - Cf. Jac. Gothofredi. *Paratitla ad Th. C.*, VII, 1.

ques années, Théodose Ier, en mourant, partagea de nouveau l'empire en Occident et en Orient, et depuis cette époque les deux parties ne furent plus réunies, si ce n'est momentanément sous Justinien.

Cependant cette division ne constituait pas une séparation complète. Les deux parties étaient toujours considérées comme ne faisant qu'un empire. Les lois étaient promulguées au nom des deux empereurs [6], et souvent ce n'est que par la ville d'où elles sont datées que nous pouvons connaître l'empereur de qui elles émanent.

L'empire occidental, après avoir été envahi plusieurs fois par les barbares, fut enfin détruit par Odoacre, lequel à son tour fut détrôné par Théodoric, le fondateur du royaume des Ostrogoths en Italie. Les empereurs de Byzance ne renoncèrent cependant jamais à leurs prétentions sur l'Occident, et Justinien réussit à reconquérir l'Italie et l'Afrique. Cette dernière fut réduite en province et soumise à un préfet du prétoire qui avait sa résidence à Carthage [7]. Les Lombards prirent de nouveau l'Italie aux Byzantins, à l'exception de Rome et du territoire de Ravenne, qui était gouverné par un exarque. Rome elle-même parvint à se soustraire à la suzeraineté de Byzance et s'érigea en république (733), dont le gouvernement échut par la suite au pape.

CONSTITUTION DE L'EMPIRE.

§ 72. *L'empereur.*

A la tête de l'empire se trouve, comme dans l'époque précédente, l'empereur, mais avec une puissance tout à fait absolue. Il ne faut plus une loi pour lui conférer le pouvoir; ce n'est que pour la forme qu'on publie encore quelquefois un sénatus-consulte à l'occasion de son avénement au trône. Ce sont les armées qui choisissent l'empereur; ou bien l'empereur désigne lui-même son successeur, le plus souvent au moyen de l'adoption [8]. Insensiblement la monarchie devient héréditaire.

Tous les pouvoirs sont réunis dans les mains de l'empereur. Lui seul est législateur, et comme tel il est au-dessus des lois. Il est en même temps grand juge de l'empire, et c'est lui qui nomme tous les fonctionnaires tant civils que militaires.

[6] Une constitution de Théodose II statue, à la vérité, que les lois publiées dans un empire n'auront force obligatoire dans l'autre qu'après y avoir été promulguées. *Nov. Theod.*, tit. 11, éd. Ritter. Mais cette promulgation avait toujours lieu. L. 5, Th. C., *de constit.*, 1, 1, éd. Wenek.— *Nov. Theod.*, tit. 11, 35, éd. Ritter.

[7] L. 1, C., *de officio præfecti prætorio Africæ*, 1, 27.

[8] LACTANCE. *de mortibus persecutorum*, 18, 20, 25.

§ 73. *Le sénat et les anciens magistrats.*

Depuis Constantin il y a deux sénats, l'un à Rome, l'autre à Constantinople [9], tous deux sans aucun pouvoir réel. Ce sont plutôt les conseils municipaux de ces métropoles que des corps politiques. Quelquefois l'empereur les consulte encore [10], et leur coopération au pouvoir législatif ne fut abolie d'une manière expresse que par Léon le Philosophe [11]; mais nous n'en trouvons cependant plus de traces depuis la fin de l'époque précédente. Le sénat, sous la présidence du préfet de la ville, formait encore le tribunal suprême pour les affaires criminelles que l'empereur renvoyait devant lui [12]. La dignité de sénateur s'acquérait par droit de naissance ou résultait de certaines charges de la cour; enfin la munificence de l'empereur accordait souvent cet honneur à des particuliers, notamment aux habitants les plus riches des provinces, lesquels devaient montrer leur reconnaissance par de superbes présents [13].

Outre le sénat, nous trouvons encore quelques anciens magistrats dont les principales fonctions consistent à donner à leurs frais des jeux publics [14]. Parmi eux les plus élevés en rang sont toujours les consuls, dont le pouvoir se borne à donner un caractère authentique à certains actes de juridiction [15]. Ils étaient choisis par le sénat, mais leur élection avait besoin de la confirmation de l'empereur. L'un d'eux résidait à Rome, l'autre à Constantinople. Après Justinien, cette dignité ne fut plus accordée à des particuliers; l'empereur était consul perpétuel [16].

Les préteurs, dont le nombre fut encore augmenté, conservèrent une juridiction peu importante; la dignité de questeur n'est plus qu'un titre honorifique [17].

Un autre reste de la république est le nom de *patricius*, qui a maintenant une tout autre signification. L'empereur lui-même est le premier *patricius* de l'empire, et il ne confère ce titre qu'à ceux qui ont rempli les plus hautes fonctions. Des rois étrangers même briguent cet honneur [18].

[9] Sozomène, II, 2. — Zosime, III, 11.

[10] L. 14, Th. C., *de senat.* 6, 2. — L. 3. 8, J. C., *de legibus* 1, 14.

[11] *Novelles de Léon*, 78.

[12] Amm. Marcell., XXVIII, 1. 23. — Symmaque, *Epist.*, IV, 4. — Zosime, V, 11. 38. — *Novelles de Justinien*, 62.

[13] Symmaque, *Epist.*, X, 33, 50. — L. 2. 5. 9. 14. Th. C., *de senat.* 6, 2.

[14] Tit. Th. C., *de prætoribus*, 6, 4. — *Nov. Just.*, 105. — *Nov. Leon.*, 94.

[15] Particulièrement à l'affranchissement des esclaves. Tit., D., *de officio cons.* 1, 10.

[16] Le dernier particulier qui ait été revêtu de cette dignité fut Basile en 541.

[17] L. 1. 16, Th. C., *de prætoribus* 6, 4. - L. 1, J. C., *de off. prætor.* 1, 39. - L. 18, J. C., *de præd. minor.* 5, 71. - L. 17, J. C., *de appellationibus* 7, 62.

[18] Zosime, II, 40. - Cassiod., *Variæ* VI, 2. - L. 3. 5, C., *de consul.*, 12, 3. — Clovis fut nommé (508) *patricius* par l'empereur de Constantinople.

§ 74. *Les fonctionnaires impériaux.*

Le pouvoir des anciens magistrats était passé dans les mains de l'empereur qui le déléguait à ses fonctionnaires [19]. La hiérarchie dans l'administration est maintenant organisée avec un soin particulier et constitue une centralisation aussi parfaite que celle d'aucun empire moderne. Les fonctionnaires étaient divisés en plusieurs classes distinctes, et il y avait des dispositions pénales pour prévenir des usurpations de rang [20]. Ordinairement ils étaient nommés pour un temps déterminé, que souvent l'empereur prolongeait [21]. Ils avaient des traitements sur la caisse de l'État [22]. L'almanach de la cour publiait tous les ans la liste des fonctionnaires [23], dont voici les principaux.

Dans la classe des ILLUSTRES [24], 1. les préfets du prétoire, *præfecti prætorio* [25]. Il y en avait originairement quatre pour les quatre préfectures. La perte de l'Occident en réduisit le nombre à deux, auxquels Justinien en ajouta deux nouveaux par suite des conquêtes qu'il avait faites en Italie et en Afrique. Ils n'ont plus aucune autorité militaire; mais leur pouvoir civil est plus grand qu'auparavant [26]. Ils représentent l'empereur sous tous les rapports et dans toutes les branches de l'administration. Ils jugent en appel et en dernier ressort tous les procès de leur préfecture, et il n'est plus permis d'en appeler à l'empereur [27]. Si les parties croient avoir à se plaindre de leurs décisions, elles n'ont que la *licentia supplicandi* auprès du prince [28]. — 2. Les préfets de la ville, *præfecti urbi* [29], dont l'un à Rome, l'autre à Constantinople. Leurs fonctions sont à peu près les mêmes que dans l'époque précédente. Ils forment une instance d'appel pour l'Italie et pour les

[19] Les sources principales dans cette matière sont les titres du Digeste et des Codes Theodosien et Justinien qui traitent des différentes fonctions publiques; puis LYDUS, *de magistratibus reip. romanæ;* enfin l'ouvrage d'un auteur inconnu (probablement du V[e] siècle), qui contient la liste et les attributions des fonctionnaires de l'empire et porte le titre : *Notitia dignitatum utriusque imperii.* La première édition en fut donnée par ALCIAT (Lyon, 1529). PANCIROLA le publia avec un commentaire. (Venise, 1593.) M. BOECKING vient d'en faire paraitre une nouvelle édition à Bonn, 1841.

[20] Tit. J. C., *de dignit.* 12, 1. - Tit. Th. C., *ut dignitatum ordo servetur* 6, 5. - Tit. J. C., *eod.* 12, 8. - L. 3, C., *de off. quæst.* 1, 28.

[21] DION CASSIUS, LIII, 13. 14. — CASSIODORE, *Variæ,* VI, 3, 39. VII, 2.

[22] L. un. C., *de annonis* 1, 52. - L. 1, § 4. L. 2, § 19, C., *de off. præf. præt. Afr.* 1, 27.

[23] *Laterculus, commentarius principis.* Fr. 23, D., *ex quibus causis majores.* 4, 6. - Tit. C., *de off. quæstor.* 1, 30.

[24] L. 3, pr. C., *ubi senatores vel clarissimi conveniantur* 3, 24.

[25] Titt. D., 1, 11. - Th. C., 1, 5, 7. - J. C., 1, 26, 27; 12, 4.

[26] CASSIODORE, *Variæ,* VI, 3.

[27] L. 1, Th. C., *de appellationibus* 11, 30. - L. 19, J. C., *eod.* 7, 62.

[28] L. un. J. C., *de sententiis præfectorum prætorio* 7, 42.

[29] Titt. D., 1, 12. - Th. C., 6, 7. - J. C. 1, 28.

environs de Constantinople; mais il y a recours à l'empereur contre leurs décisions [30]. En outre toutes les administrations des deux villes sont soumises à leur autorité.—3. Les *magistri militum*, dont le nombre, originairement de deux, fut augmenté par la suite, avaient le commandement des armées et exerçaient une juridiction tant criminelle que civile sur leurs inférieurs [31]. — Plusieurs autres charges du palais encore donnaient aux fonctionnaires qui en étaient revêtus le caractère d'illustre, par exemple celle de *præpositus s. cubiculi*, de *quæstor s. palatii*, de *magister officiorum*, de *comes largitionum* ou *thesaurorum*, de *comes rerum privatarum* et de *comes domesticorum* [32].

A la classe des SPECTABILES appartiennent [33] les chefs des différents départements ou ministères de la chancellerie impériale, les *magistri scriniorum memoriæ, epistolarum ac libellorum* et *dispositionum* [34]; le chef des greffiers du conseil d'État, *primicerius notariorum consistorii principis* [35]; les *comites* et *duces rei militaris*, inférieurs immédiats des *magistri militum* [36]; enfin le *comes Orientis*, les *proconsuls*, le *præfectus Augustalis Ægypti*, les *vicarii*, le *castrensis palatii* [37].

Dans la classe des CLARISSIMI se trouvent les *recteurs des provinces*, les *correctores*, les *præsides*, les *consulares* et les *sénateurs* [38].

Enfin les fonctionnaires inférieurs se trouvaient distribués en deux catégories, désignées par les qualifications de PERFECTISSIMI et EGREGII [39].

Au-dessus de ces cinq classes sont au premier rang les ILLUSTRISSIMI ou NOBILISSIMI, c'est-à-dire les membres de la maison impériale et ceux auxquels l'empereur a conféré cette dignité. Après eux et avant les cinq classes de fonctionnaires viennent les *patricii*, *excelsi viri*, *sublimis honor*. Les consuls s'appellent *excellentissimi*. Les *illustres* avaient le privilége de ne pouvoir être jugés que par l'empereur même [40].

Le *consistorium principis* continue d'avoir sa grande importance. Il est

[30] LYDUS, *de magistr.* II, 6. — L. 3, C., *de officio præfecti urbi* 1, 28. — L. 13. 23. Th. C., *de appellationibus* 11, 30. — L. 17, J. C., *eod.* 7, 62.

[31] ZOSIME, 11, 33. — Titt. Th. C., 6. 7. — J. C., 1, 29. 12. 4.

[32] *Voy.* en général Titt. Th. C., 1, 8. 9. 10.; 6, 8. 9. 24. 30; 12, 30. — J. C., 1, 30-33; 12, 5. 6. 17.

[33] L. un. pr. C., *ut omnes judices tam civ.*, 1, 49.

[34] Titt. J. C., 12, 9. 19.

[35] Titt. Th. C., 6, 10. — J. C., 12. 7. — LYDUS, *de magistr.*, III, 11

[36] Titt. Th. C., 6, 14. — J. C., 1, 47; 12, 12.

[37] *Voy.* Titt. Th. C., 1, 12-15. — J. C., 1, 35-38. — Th. C., 6, 32. — J. C., 12. 36.

[38] *Voy.* Titt. Th. C., 1, 16. J. C., 1, 40. — CASSIOD., *Variæ* III, 27. VI, 20. — L. 8-11. 14. J. C., *de dignit.* 12, 1.

[39] L. 1. Th. C. *de honorariis codicillis* 6, 22. — Chez LACTANCE, *de mortibus persecutorum*, 21 que l'on cite ordinairement à ce propos, les termes *perfectissimi* et *egregii* ne paraissent point avoir de signification technique. Cf. LE MÊME, *divin. inst.*, V, 14.

[40] L. 3. J. C. *de consulibus* 12, 3. — L. 3. J. C. *ubi senatores vel clarissimi conveniantur* 3, 24.

organisé d'une manière stable et régulière, et se compose des grands dignitaires de l'empire, de conseillers appelés *comites consistoriani*, et de *notarii* faisant fonctions de greffiers avec leurs chefs, le *primicerius* et *secundicerius notarium* [41]. — La chancellerie impériale a également reçu de nouveaux développements et comprend quatre départements, *scrinia memoriæ, epistolarum, libellorum, dispositionum* [42].

Le clergé intervient aussi dans l'administration civile. Les empereurs sont considérés comme les chefs et les patrons de l'Église; mais en revanche ils accordent de nombreux priviléges aux prêtres [43]. Longtemps les évêques jugeaient les crimes de leurs inférieurs, et exerçaient une juridiction civile tant sur les prêtres que sur les laïques qui s'adressaient à eux, *audientia episcopalis* [44].

ÉTAT DES PERSONNES.

§ 75.

Depuis Caracalla, la grande division en citoyens, latins et étrangers avait perdu presque toute importance (§ 54). Justinien l'abolit entièrement et finit même par assimiler les affranchis aux ingénus [45]. Dans le droit nouveau, il n'y a donc plus que des hommes libres et des esclaves. Tous les sujets libres de l'empire ont le droit de cité [46].

Mais il s'était formé insensiblement un état particulier de personnes, les *coloni* [47]. Les premières traces de cette institution se trouvent au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne [48]; mais ce n'est guère

[41] Titl. Th. C. *de comitibus consistorianis* 6, 12; J. C. *eodem* 12, 10. — L. 1. Th. C. *de quæstoribus* 6, 9. — L. 2. 3. Th. C. *de primicerio et notariis* 6, 10. — L. 2. J. C. *eodem* 12. 7. - L. 8. J. C. *de legibus* 1, 14. - Symmaque, *epist.* 1, 17. - Cassiodore, *Variæ*, VI, 5. 6. 12. - Joannes Lydus, *de magistr.* III, 11.

[42] Titt. Th. C. VI, 10. VII, 11.

[43] *Nov. Valentiniani III*, tit. 16, 1. — Titt. Th. C. *de episcopis et clericis* 16, 2; J. C., *eodem* 1, 3.

[44] L. 3, Th. C., *de fide cath.* 16, 1. - L. 41, Th. C., *de episc. et cler.* 16, 2. - L. 1, Th. C., *de religiosis* 16, 12. - *Nov. Valent.*, tit. 25, 1. - Tit. J. C., *de episc. audientia* 1, 4. *Voy.* ci-après § 78, note 92.

[45] Tit. C., *de dedititia libertate tollenda* 7, 5. - Tit. C., *de latina libert. toll.* 7, 6. - § 3, I. *de libertinis* 1, 5. — *Voy.* ci-après t. III, § 418.

[46] Mais nous trouvons des constitutions qui privent de certains droits les habitants de l'une ou l'autre province. Ainsi les habitants de Carthage et d'Égypte sont déclarés incapables de remplir des fonctions publiques. L. 21, Th. C., *de paganis* 16, 10.

[47] *Voy.* en général Titt. Th. C., 5, 9. 10. 11. - Titt. J. C., 11, 47. 49. 50. 51. 52. 62. 63. 67. 68.

[48] Paul. III, 6, 48. - Ulpien. Fr. 4, § 8, D., *de censibus* 50, 15. - Marcianus, Fr. 112, pr. D., *de legatis I* (30).

qu'après Constantin qu'elle acquiert quelque importance. Anciennement le mot *colonus* signifiait tout simplement fermier; aussi les colons dont il s'agit ici sont-ils originairement fermiers [49], mais ils se trouvent dans un état de dépendance personnelle qui les fait ressembler aux anciens clients de Rome ou plus encore aux serfs du moyen âge. Il n'est pas sans vraisemblance que le colonat doit son origine aux conquêtes des barbares et à l'influence que les mœurs de ces nations exerçaient sur les Romains. En effet, c'est principalement dans la Gaule, la Thrace et l'Illyrie, provinces frontières de l'empire, que nous trouvons cette institution [50]; et le principe qui la régit et d'après lequel un droit de domination ou de soumission personnelle peut être attaché à un fonds, est entièrement étranger aux idées romaines, tandis qu'il se retrouve dans beaucoup d'autres institutions germaniques [51]. Les colons étaient, à la vérité, libres, mais on les considérait, eux et leurs descendants, comme attachés au fonds qu'ils cultivaient [52]. Le seigneur les revendiquait comme accessoire du fonds, et la vente de ce dernier les faisait passer en la même qualité au nouvel acquéreur [53]. Toutefois on reconnaissait aux colons la faculté de contracter mariage, et même, sous quelques restrictions, le droit d'acquérir [54]. La qualité de colon était héréditaire [55]; bientôt on admit également que le

[49] *Voy.* cependant ci-après note 51.

[50] *Lex Romana Burgund.* Titt., 6. 14. - L. 13. 14, J. C., *de agricolis* 11, 47. - Titt. J. C., *de colonis Thracensibus* 11, 51; *de colonis Illyricianis* 11, 52. Il est vrai qu'il se trouve des colons aussi dans d'autres provinces, par exemple en Palestine; mais le texte même de la constitution de Valentinien et Théodose, qui traite de ces colons, semble indiquer que l'institution n'y a été introduite que plus tard et par analogie. Tit. J. C., *de colonis palæstinis*, 11, 50.

[51] On applique également l'institution aux esclaves ruraux que le maître pouvait affranchir à condition de rester attachés au fonds. L. 7. J. C. *de agricolis* 11, 47. Cf. Fr. 112 pr. D, *de legatis I* (30).

[52] C'est pourquoi on les appelait *glebæ inhærentes* ou *inquilini, et originarii* quand ils étaient nés sur les fonds. L. un. Th. C. *de inquilinis* 5, 10 (Cf. fr. 112 pr. D. *de leg. I* (30). — L. 23 pr. J. C. *de agricolis* 11, 47. — L. un. J. C. *de colonis Thrac.* 11, 51 « ... Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius, cui nati sunt, existimantur. » — Leur condition personnelle ressemblait d'ailleurs, sous beaucoup de rapports, à celle des esclaves. Le seigneur avait un droit de correction à leur égard (L. 24 *in f.* C. *de agricolis* 11, 47); les colons fugitifs étaient assimilés au *servus fugitivus* (L. 23 pr. C. *eodem*); ils n'avaient d'action contre le seigneur que du chef de crimes et d'augmentation injuste du cens qu'ils payaient (L. 1. 2. C. *in quibus causis coloni* 11, 49); enfin ce qu'ils acquéraient, *peculium*, appartenait au fonds et il ne leur était point permis, sauf certaines exceptions, d'en disposer. (L. 2. C. *eodem;* L. 23. § 2. C. *de agricolis* 11, 47; L. 1 Th. C. *ne colonus inscio domino alienet peculium* 5, 11.)

[53] L. 7. 23. pr. J. C., *de agricolis*, 11. 47. Il était même défendu de vendre le fonds sans les colons, ou les colons sans le fonds. *Nov. Valentin.*, tit. IX. - L. 2. 7. 13. § 1. L. 21, *in f.* J. C., *de agricolis*, 11. 47.

[54] L. 24. J. C., *de agricolis*, 11. 47. - *Nov. Valentin.*, tit. 9. - L. 1. Th. C., *ne colonus.* 5. 11. - L. 2. J. C., *in quibus causis coloni* 11. 49. - L. 18. 23. § 1. J. C., *de agricolis* 11, 47.

[55] L. 16 21 24. C, *de agricolis* 11, 47 - *Nov.* 54, pr. - Cf. *Nov.* 162. c. 2. - Même le

seigneur pût acquérir comme colons des hommes libres au moyen de la prescription; souvent aussi des cultivateurs pauvres se soumettaient volontairement à ce joug; enfin on y condamnait les vagabonds et les mendiants [56]. Dans le principe, les colons pouvaient reprendre leur indépendance par prescription, mais Justinien abolit ce mode de libération; l'affranchissement n'est pas admis non plus, et le seul moyen de sortir de cet état, que nous trouvions dans nos sources de droit, est la dignité épiscopale [57].

Depuis les empereurs chrétiens, une distinction importante des personnes est fondée sur la différence de religion. Il n'y a que les membres de l'Église orthodoxe qui jouissent de la plénitude des droits politiques et civils. Les païens, les hérétiques, et surtout les apostats, sont privés de plusieurs droits et menacés en outre de peines plus ou moins sévères [58]. Les juifs sont exclus des fonctions publiques, mais on les admet au barreau et dans les conseils municipaux [59].

ADMINISTRATION DE L'EMPIRE.

§ 76. *Rome et Constantinople.*

Déjà vers la fin de l'époque précédente, l'administration de l'empire était devenue plus uniforme. La ville de Rome est descendue maintenant au rang d'une simple capitale. Elle est soumise à un fonctionnaire de l'empereur, le *préfet de la ville*, qui y exerce la juridiction civile et criminelle [60], et a même le droit de prononcer la peine capitale. Contre ces décisions il n'y a point d'autre moyen légal que le recours à l'empereur [61]. La police est particulièrement exercée par le *præfectus vigilum*, qui juge également

mari d'une *colona*, et la femme d'un *colonus*, deviennent colons. *Nov. Valentiniani*, tit. 31.

[56] L. un. Th. C., *de inquilinis* 5, 10. - L. 7. 18. 22, pr. 23. § 1. J. C., *de agricolis* 11, 47. - *Nov. Valent.*, III, tit. 9. - L. 1. C., *de mendicantibus validis* 11, 25.

[57] L. 21. J. C., *de agricolis* 11, 47. - L. 1. Th. C., *de inquilinis* 5, 10. - *Nov. Valentin.*, tit. 9. - L. 25, pr. J. C., *de agricolis*, 11, 47. - L. 11. 16. 27, pr. J. C., *de episcopis*, 1, 3. - *Nov.*, 123. c. 4. 17. — Cependant les colons recrutés pour l'armée devenaient également libres. *Nov. Valentin.*, tit. 6, 1.

[58] Titt, J. C., I, 5-11. On trouve une longue nomenclature d'hérétiques dans la L. 5. C., *de hæreticis et manichæis* 1. 50.

[59] L. 16. 24, Th. C., *de Judæis* 10. 8. - Fr. 3. § 3. D., *de decur.*, 50, 2, etc. — *Voy.* ci-après § 77.

[60] Sauf pour certains délits de moindre importance, dont la poursuite est abandonnée à d'autres fonctionnaires impériaux. - L. 1. C., *de off. præf. vigil.*, 1, 43. - *Nov.*, 13, c. 6.

[61] L. 1. 7. C., *de appellat.*, 7, 62. - Fr. 1. § 1 D., *de off. præf. præt*, 1, 11. - L. 16. 30. 57, Th. C., *de appell.*, 11, 30. - *Nov.* 82. c. 12

les contraventions y relatives [62]. Le sénat forme pour ainsi dire le conseil communal. Les finances de la ville ne sont plus confondues avec celles de l'État; la caisse communale est administrée par des questeurs sous la surveillance du sénat [63].

La ville de Constantinople reçut la même organisation que l'ancienne métropole.

Une fonction très-importante dans les deux capitales était celle du *præfectus annonæ*, qui, avec le préfet de la ville, était chargé des approvisionnements [64]. Les provinces étaient tenues de fournir une contribution de céréales pour satisfaire aux besoins des deux villes, *canon frumentarius*. Un préfet particulier, résidant à Carthage, surveillait les expéditions de grains à faire pour Rome; un autre, résidant à Alexandrie, surveillait celles à faire pour Constantinople [65].

§ 77. *Organisation des villes.*

L'Italie avait déjà perdu, vers la fin de l'époque précédente, la plupart de ses priviléges. Les changements introduits par Adrien (§ 57) l'avaient presque assimilée aux provinces sous le point de vue administratif, d'autant plus que les villes provinciales reçurent également par la suite une organisation municipale.

Depuis qu'elle forme avec la Sicile l'une des quatre préfectures de l'empire, son administration ne diffère plus du tout de celle des autres provinces.

Déjà Maximin l'avait privée de l'immunité d'impôt dont elle avait joui auparavant [66]. Depuis, cette exemption n'existe plus que pour les villes qui obtiennent par fiction le *jus italicum*, droit qui confère en outre au territoire auquel il est accordé le privilége de la propriété romaine [67]. Cette dernière partie du *jus italicum*, au reste, perdit toute son importance sous Justinien, qui étendit la même disposition à toutes les provinces de l'empire [68].

[62] Cassiodore, *Variæ* VII, 7. - Tit., C., *de off. præf. vigil.*, 1, 43.

[63] Il parait cependant que la caisse communale est encore appelée *arca quæstoria* ou *ærarium populi Romani*. Symmaque, *Epist.*, X, 40. 57.

[64] L. 8, Th. C., *de off. præf. urbi*, 1, 28. - Cassiod., *Var.*, VI, 18.

[65] L. 13, Th. C., *de annona* 11, 1. - L. 3, Th. C., *de susceptor.*, 12, 6. - Titt., Th. C., *de can. frum.*, 14, 15. - J. C., *eod.*, 11, 22.

[66] Aurel. Victor, *de Cæsaribus*, 39.

[67] *Voy.* ci-dessus §§ 33. 37, et Tit. D., *de censibus*, 50, 15.

[68] L. un. C., *de nudo jure Quiritium tollendo*, 7, 25. - L. un. C., *de usucapione transformanda*, 7, 31. - § 40. J., *de rerum divisione*, 2, 1, et Théophile, *ad h. t.* - *Voy.* pour les details ci-après § 178.

En général, l'administration des provinces paraît mieux organisée d'après un plan uniforme qui réalise le beau idéal d'une centralisation parfaite.

D'abord le régime municipal est appliqué à toutes les villes [69]. A la tête du conseil communal, *ordo decurionum*, se trouvent des magistrats, ordinairement appelés *duumviri*, qui conservent pendant quelque temps une certaine juridiction. Vers la fin du quatrième siècle, ils n'ont plus que le droit de recevoir des actes [70]. Un *pater* ou *curator civitatis* a l'administration des biens communaux. En outre nous trouvons des *quinquennales*, des *decemprimi* ou *principales*, des édiles et d'autres fonctions ou dignités dans le corps des décurions [71]. On devenait décurion soit par la naissance, ce qui constitue à la fin une espèce de noblesse municipale qu'on oppose aux autres bourgeois (*plebeii*), soit par élection. Mais quand le despotisme eut anéanti toute vie publique, la dignité de décurion fut moins ambitionnée; bien plus, on cherchait à se soustraire à des fonctions qui exposaient ceux qui en étaient revêtus aux charges les plus onéreuses. « Les plébéiens refusaient d'entrer dans cet ordre, et les décurions tentaient tous les moyens de se soustraire à leur dignité. En vain plusieurs cherchaient un refuge dans le service militaire, et même dans l'esclavage; on les en arrachait pour les rendre à la curie [71]. On condamnait les criminels à entrer dans l'ordre des décurions, bien que les lois impériales l'eussent d'abord défendu [72]. Les juifs et les hérétiques y étaient admis; ce ne fut que depuis Justinien qu'ils furent soumis aux obligations de cette charge sans en avoir les prérogatives [73]. Des privilèges de toutes sortes étaient offerts à ceux qui entraient volontairement dans la curie : l'enfant naturel, par exemple, acquérait ainsi les droits de la légitimité [74]. » Cette défaveur qui pèse sur la charge des décurions s'explique par les fonctions pénibles qui leur étaient imposées, et par la grande responsabilité dont ils étaient frappés. Ils étaient particulièrement exposés aux exactions des gouverneurs et personnellement responsables des contributions arriérées [75]. C'étaient encore eux qui devaient recevoir les grands personnages et faire des cadeaux à l'empereur et aux fonctionnaires. Pour s'assurer de leur solvabilité, on leur défendait d'aliéner leurs immeubles; enfin ils étaient pour ainsi dire inféodés à la

[69] Sur l'organisation municipale de cette époque, dont la connaissance est fort importante pour l'histoire du moyen âge, on peut consulter entre autres MM. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. 1, chapitre 2, et Raynouard, *sur l'administration municipale de la France*, Paris, 1828. — Cf. ci-dessus §§ 37. 57.

[70] L. 1. 3, Th. C., *de reparationibus appellationum* 11, 31. - Tit. J. C., *de magistrat. municip.* I, 56. — Dans les Gaules il paraît que les *II viri* étaient remplacés par un *principalis*. L. 171 Th. C., *de decurionibus* 12, 1.

[71] L. 10. 11. 13. 22, Th. C., *de decurionibus*, 12, 1.

[72] L. 66. 108, Th. C., *eodem*.

[73] L. 99. 165. 157, Th. C., *eodem*. — *Nov.*, 45.

[74] M. de Savigny, *Hist. du droit romain*, t. 1, pag. 22 et suiv. trad. de M. Guenoux.

[75] L. 6, Th. C., *de episcopis* 16, 2.

curie, et quand ils mouraient sans héritiers, c'était la curie qui succédait dans leurs biens [76].

Depuis Valentinien Ier, nous trouvons de nouveaux magistrats municipaux, appelés *defensores civitatum* ou *plebis*. Ils étaient choisis par les bourgeois; leurs fonctions consistaient particulièrement à protéger ces derniers contre les oppressions des supérieurs et surtout des gouverneurs. Ils avaient également la juridiction criminelle des délits de peu d'importance et une juridiction civile dont Justinien fixa la compétence à 300 écus d'or [77].

Il y a même un simulacre d'organisation provinciale. Les notables d'une province, même d'un diocèse, avaient le droit de s'assembler, *concilia*, de délibérer sur les besoins du pays, et de faire connaître à l'empereur leurs vœux, pourvu que le préfet du prétoire eût préalablement approuvé et admis leur requête [78].

Mais tous ces droits n'étaient qu'illusoires, et venaient se briser devant l'autorité arbitraire des gouverneurs qui réunissaient en leurs mains tous les pouvoirs administratifs et judiciaires.

§ 78. *Administration de la justice.*

En dehors des villes de Rome et de Constantinople l'administration de la justice criminelle était confiée aux gouverneurs des provinces [79], sauf certains délits de moindre importance dont la poursuite incombait aux magistrats municipaux et plus tard spécialement aux défenseurs des cités, qui étaient en outre chargés d'une partie notable des fonctions que nous considérons comme étant du domaine de la police judiciaire [80].

La connaissance des affaires civiles appartenait également, en dehors des deux capitales, aux gouverneurs qui sont souvent désignés par le titre de *judices ordinarii* ou simplement *judices* [81]. Dans le principe ces fonctionnaires s'étaient bornés, comme le préteur le faisait d'ordinaire, à la *juris dictio* proprement dite, c'est-à-dire qu'ils renvoyaient les parties devant un *judex*

[76] Titt., Th. C., 5, 2; 12, 3. - J. C., 6, 62; 10, 33, 34. — *Nov.* 38, 70. — Cassiodore, *Var.*, VII, 47.

[77] Ces fonctions apparaissent comme magistrature permanente pour la première fois dans une constitution de Valentinien et Valens de 365. L. 1, C., *de defensoribus civitatum* 1, 55. (Cf. Fr. 1, § 2. Fr. 16, § 3, D., *de muneribus* 50, 4.) — *Voy.* en général Tit. Th. C., *de defensoribus civitatum* 1, 11. - Tit. J. C., *eodem* 1, 55. - *Novelle*, 15.

[78] L. 1, 3, 4, 6. - 14, 16. Th. C., *de legatis* 12, 12.

[79] Ammien Marcell., XV, 7. 5. - L. 1, Th. C., *ne sine jussu principis*. 9, 41

[80] L. 8, Th. C., *de jurisdict.* 2, 1 et l'*interpretatio Visigoth. ad h. l.* - L. 5, 7, Th. C., *de defensoribus civit.*, 1. 29. - L. 5, 7, J. C., *eodem*.

[81] L. 1. 5 6. 9. 11. Th. C., *de officio rectoris provinciæ* 1, 16.

pour l'examen des faits et le prononcé du jugement. Dans l'époque précédente, cependant, déjà les gouverneurs, d'après l'exemple du prince, avaient commencé à s'écarter de ce mode régulier de procéder, *ordo judiciorum privatorum*, et à se charger seuls de la procédure entière [82]. Ce mode exceptionnel, *judicia extraordinaria*, était devenu de plus en plus fréquent à tel point que Dioclétien crut convenable d'en faire la règle générale, et ordonna que dorénavant les *præsides* de la province eussent toujours à juger en entier les procès qui leur seraient soumis. Pour le cas où ils se trouveraient surchargés de besogne, il leur permit cependant de remettre le procès à un juge, lequel alors devait également examiner et juger l'affaire entière. De cette manière tout procès devait être jugé par un seul et même fonctionnaire, soit le *præses* même, soit un juge délégué par lui [83]. Cette mesure, en abolissant l'ancienne séparation du *jus* et du *judicium*, produisit dans la procédure romaine une révolution complète que nous aurons à apprécier plus tard [84]. Elle fit de plus naître une nouvelle classe de fonctionnaires, les *judices pedanei* [85]. Il était naturel en effet que les gouverneurs confiassent les affaires dont ils ne se chargeaient pas eux-mêmes à des hommes de leur choix, qu'ils prenaient sans doute, de préférence, parmi les membres des curies municipales. Ces nominations tombant le plus souvent sur les mêmes individus, les fonctions de sous-juges devinrent insensiblement une charge permanente, et nous trouvons au sixième siècle des tribunaux composés de *judices pedanei* [86]. — Toute affaire civile devait donc régulièrement être portée devant le gouverneur de la province, qui la jugeait en personne ou en déléguait la connaissance à un *judex pedaneus*. Dans ce dernier cas, les parties pouvaient de la sentence du sous-juge appeler au gouverneur qui l'avait délégué [87]; comme il y avait également appel des décisions du gouverneur auprès du vicaire et du préfet du prétoire, et en dernière instance auprès de l'empereur même qui renvoyait ces appels à une commission composée du préfet du prétoire et du questeur du palais [88]. Quant aux dé-

[82] *Voy.* ci-dessus, §§ 36. 56. 58.

[83] L. 2, C., *de pedaneis judicibus* 3. 3. *Voy.* aussi ci-après § 133.

[84] *Voy.* ci-après, § 133.

[85] On n'est guère d'accord ni sur l'étymologie du mot, ni sur l'origine et la nature de l'institution. Il nous paraît difficile d'admettre que le *judex pedaneus* soit tout simplement l'ancien *judex* des *judicia ordinaria*. Tout semble imprimer à cette création évidemment récente un caractère plus officiel, et le terme *χαμαιδικαστής*, par lequel Lydus, *de magistrat.* III. 8, rend le mot, se traduit fort bien par *juge inférieur, sous-juge*. Cf. L. 5, C., *de pedaneis judicibus*, 3. 3. « Pedaneos judices, hoc est, qui negotia humiliora disceptant. » - L. 2, C., *eodem*. - L. 27, C., *de procuratoribus* 3, 13. — *Voy.* M. Bonjean, *Traité des actions*, t. 1, § 112.

[86] Joannes Lydus, *de magistrat.*, III, 65. — L. C. pr. C., *de advocatis diversorum judicum*, 2, 8. - L. 27. C., de *procuratoribus*, 2, 13. — *Nov.* 82. c. 3. sqq.

[87] L. 1, 3. Th. C., *de reparationibus appellationum*, 11, 41.- *Nov.* 82, c. 3, sqq.

[88] Th. C., *de appellationibus*, 11, 30. J. C. *eodem* 7, 62. - *Nov.* 20. c. 5. 16. - *Nov.* 23. c. 3. - *Nov.* 82. c. 3. sqq. - Joannes Lydus, *de magistrat.*, II, 15, 16.

cisions du préfet du prétoire, elles n'étaient pas susceptibles d'appel; les parties qui croyaient avoir à s'en plaindre n'avaient que la *licentia supplicandi* auprès du prince [89].

Malgré la tendance du gouvernement impérial d'introduire la plus grande homogénéité dans toutes les branches de l'administration, les règles sur la compétence étaient cependant loin d'être uniformes. Ainsi nous avons vu que les duumvirs avaient conservé pendant quelque temps une juridiction contentieuse que les défenseurs des cités possédaient encore sous Justinien. On appelait de leurs sentences au gouverneur de la province [90]. En outre il y avait des dispositions particulières pour certaines parties de l'empire et pour certaines classes de citoyens. Les *illustres* ne pouvaient être jugés criminellement que par l'empereur, les sénateurs ne reconnaissaient d'autre juridiction que celle du préfet de la ville [91]. Les évêques jugeaient les délits ecclésiastiques de leurs inférieurs, et Justinien voulut même que toute action civile contre un ecclésiastique fût d'abord portée devant le tribunal épiscopal [92]. Les soldats étaient soumis à la juridiction de leurs chefs en matière criminelle; en matière civile, ces derniers étaient juges compétents quand les deux parties appartenaient à l'état militaire, ou quand, le défendeur étant soldat, le demandeur recourait à la juridiction militaire [93].

§ 79. *Des finances.*

Il y a dans l'empire deux trésors, celui de l'État, *ærarium sacrum*, et celui de la couronne, *ærarium privatum* ou *fiscus*.

Ce dernier est administré par le *comes rei privatæ*, et comprend tant les biens propres de la maison impériale que les domaines de la couronne [94]. Le fisc reçoit en outre les amendes prononcées à charge des particuliers, ainsi que les biens confisqués et vacants [95].

[89] *Voy.* ci-dessus § 74, note 28.

[90] L. 3. Th. C. *de reparationibus appellat.*, 11, 31. - *Nov.* 15. c. 5.

[91] Tit. C., *ubi senatores vel clarissimi conveniantur*, 3, 24.

[92] La législation a beaucoup varié sur les attributions judiciaires de l'autorité ecclésiastique. *Voy.* Sozomène, I, 9. - L. 12. 23. 41. 47, Th. C., *de episc.* 16. 2. - L. 1, Th. C., *de relig.* 16, 11. - *Nov. Valent.*, tit. 12 - L. 25, 33, J. C., *de episcop.* 1, 3. - Tit. J. C., *de episc. audientia*, 1, 4. - *Nov.* 79. 83 123.

[93] L. 2, 1, Th. C., *de jurisdict.* 2, 1. - L. 2, J. C., *de off. judicum militarium* 1, 46. - L. 6, J. C., *de jurisdict.* 3, 13.

[94] Cette distinction se trouve établie dans nos sources (*fundi patrimoniales, fundi rei privatæ.* Gothofredus, *Parat. ad* Th. C., X, 3); mais elle n'avait guère d'importance pratique, puisqu'il dépendait du bon plaisir de l'empereur de la maintenir ou de l'abolir.

[95] Gothofredus, *Paratitla* ad Th. C., IX. 8, 9, 42.

La caisse de l'État est confiée au *comes largitionum*. Ses ressources se composent particulièrement des revenus de l'impôt foncier et des contributions personnelles. L'empire entier est maintenant soumis à l'impôt foncier, sauf les villes qui en sont nommément exemptées [96]. Pour faciliter la levée de cet impôt, on a dressé un cadastre complet avec estimation de chaque immeuble. La répartition de l'impôt se faisait en prenant pour unité une valeur de 1,000 écus d'or, appelée *jugum* ou *caput;* de là le nom de l'impôt même, *jugatio* ou *capitatio* [97]. Tous les ans un édit de l'empereur fixait la somme pour laquelle chaque unité devait être imposée, *indictio* [98]; mais il paraît que le gouverneur avait, le cas échéant, le droit d'ajouter des centimes additionnels, *supraindictio* [99].

Les sujets qui ne payaient point de contribution foncière étaient soumis à un impôt personnel, *capitatio humana* ou *plebeia*. On les appelait *tributarii*, en opposition aux *possessores* qui payaient l'impôt foncier. Cette contribution frappait particulièrement les ouvriers et les artisans. Les colons la devaient également, car la contribution foncière des terres qu'ils cultivaient était à la charge des seigneurs; ces derniers étaient même tenus de l'impôt personnel des colons, sauf à se le faire rembourser [100].

En outre, on exigeait régulièrement des prestations de céréales en nature, et l'on faisait parfois des réquisitions [1]. Nous avons parlé dans un autre endroit des cadeaux que les magistrats, les sénateurs et les villes étaient obligés de faire à l'empereur dans beaucoup d'occasions, *aurum coronarium* [2].

La plupart des contributions indirectes qui avaient été créées antérieurement continuèrent d'exister. Cependant il y eut quelques changements. Anastase abolit les droits de patente qui avaient été extrêmement onéreux [3],

[96] C'est-à-dire les villes qui ont obtenu le *jus italicum*. L'Italie même est soumise à l'impôt foncier. — *Voy.* § 77.

[97] Ammien-Marcell., XVI, 5. 14. - L. 3, Th. C., *de militari veste*, 7, 6. - L. 1, Th. C., *de imponenda lucrativis descriptione*, 12. 4. - *Nov. Majoriani*, tit. 7, § 16. - *Nov. Valentin.*, tit. 5, § 4. — *Voy.* en général sur cette matière, MM. Walter, *Geschichte des röm. Rechts*, §§ 384. 385. - De Savigny, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, tome VI, n° 5; tome XI, n° 2. - Dureau de la Malle, *de l'économie politique des Romains*, livre II, chap. 8.

[98] *Nov. Majoriani*, tit. 7, § 16. « Binos per jugum vel millenos solidos... Per juga singula seu singulas millenas. » - *Nov. Valentiniani*, tit. 5, § 4. « Septem solidis per millenas nuper indictis. » — *Voy.* M. Walter, *l. l.*

[99] Gothofredus, *Paratit. ad* Th. C., XI, 1. 5. — Tit. Th. C., *de superindicto* 11, 6. - Tit. J. C., *de superindicto* 10, 18. — *Nov.*, 128, c. 7. 8.

[100] L. 14. 26, Th. C., *de annona*, 11, 1. — C'est pourquoi les colons étaient qualifiés de *tributarii, censiti, adscriptitii.*

[1] Gothofredus, *Parat. ad* Th. C., XI, 1. - Titt. Th. C., 11. 15. - J. C., 10. 27.

[2] Symmaque, *Epist.*, X, 33. 50. - L. 5. 9. 14. Th. C. *de senator.*, 6, 2. - Titt., Th. C., 12, 13. - J. C., 10, 74.

[3] Evagr., *Hist. eccles.*, III, 39.

Justinien renonça aux *caduca*, qui avaient formé une source considérable de revenus pour le fisc [4].

Les mines étaient en partie exploitées par l'État, en partie affermées à des particuliers; les salines étaient toutes données à ferme [5]. La levée des droits de douane et de péage était également laissée à ferme aux publicains [6].

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 80.

Le droit continue de se développer en suivant la tendance que nous avons fait observer dès le milieu de la seconde époque. Les principes du *jus gentium* finissent par triompher dans presque toutes les branches du droit privé. La grande mesure de Caracalla, comme nous l'avons déjà fait observer (§§ 53, 58), tout en étendant l'empire du droit civil romain, dut nécessairement favoriser la réaction des droits provinciaux sur la législation dominante. Il parait même que l'organisation sociale de l'empire commençait à se ressentir de l'influence des mœurs et coutumes des nations barbares. Alexandre Sévère avait déjà essayé de créer une organisation militaire qui présente quelque ressemblance avec le système féodal [1]; l'analogie du colonat avec le servage du moyen âge est incontestable [2]; et nous trouvons dans le sein de la famille même une institution nouvelle, la *donatio propter nuptias*, qui menace de substituer à l'ancien droit matrimonial un système que nous voyons développé dans les coutumes germaniques [3].

[4] L. un. C., *de caducis tollendis*, 6, 51.

[5] Cassiodore, *Variæ*, VI, 7. - L. 11. C., *de vectig.*, 4. 61. - Gothofredus, *Paral. ad* Th. C., X, 19.

[6] L. 1. Th. C., *de vectigal.*, 4, 12.

[1] Lampride, *Alexandre Sévère*, 58. « Sola quæ de hostibus capta sunt, limitaneis ducibus et militibus donavit, ita ut eorum ita essent, si heredes illorum militarent, nec unquam ad privatos pertinerent, dicens attentius eos militaturos, si etiam sua rura defenderent. »

[2] *Voy.* ci-dessus, § 75.

[3] *Voy.* ci-après, tome III, § 397.

On aurait pu s'attendre à ce que le christianisme produirait une régénération complète de la société, et amènerait par là des réformes radicales dans la législation, d'autant plus que les empereurs prennent un soin particulier de tout ce qui regarde l'Église, et invoquent fréquemment les préceptes divins dans les motifs dont ils font précéder leurs ordonnances [4]. Cependant, en examinant de prés les lois de l'époque, on demeure convaincu que l'esprit du christianisme n'a guère pénétré dans la législation. Nous ne pouvons entrer ici dans les détails; mais un coup d'œil rapide sur les différentes institutions du droit privé suffira pour montrer que les réformes que l'on y introduisit sont, en général, dues à une tendance depuis longtemps suivie, et que l'action du christianisme a été très-bornée et son influence peu énergique.

Quant à la propriété, aux obligations et aux moyens de poursuivre et protéger les droits, on ne fait que suivre la marche progressive dont les premières traces se trouvent déjà sous la république. C'est dans la partie de la législation qui règle la condition des personnes, qu'on aurait pu attendre des réformes radicales du triomphe de la nouvelle religion. Or, l'action du christianisme n'est pas même assez forte pour faire dominer le dogme de l'égalité. L'esclavage subsiste toujours. Il est vrai que nous trouvons quelques ordonnances qui pouvaient avoir pour effet de restreindre quelque peu le nombre des esclaves; mais on ne soutiendra certes pas que des dispositions comme celle qui défend aux hérétiques et aux juifs d'avoir un esclave chrétien [5], tandis qu'il reste libre aux chrétiens d'avoir autant d'esclaves qu'ils veulent, aient été dictées par un esprit chrétien. Et s'il est vrai qu'aprés Constantin la loi accorde la liberté aux esclaves qui dénoncent certains crimes de leurs maîtres [6], on ne doit pas

[4] Dans les temps modernes, on s'est plu à exagérer l'influence du christianisme sur la législation romaine, comme dans les siècles derniers on exagérait l'influence de la philosophie stoïcienne. Il y a quelque temps, M. Troplong a lu à l'Académie des sciences morales et politiques une brillante dissertation, dans laquelle il cherche à établir que l'action du christianisme a été très-puissante sur presque toutes les parties du droit romain. Le plan de notre livre, qui avant tout est élémentaire, ne nous permet pas de rencontrer tous les arguments que les partisans de cette opinion font valoir. Nous avons dû nous borner à relever quelques points sur lesquels ils s'appesantissent ordinairement le plus. Mais nous n'hésitons pas à assurer que les renseignements historiques dont nous ferons précéder l'exposé dogmatique des différentes institutions du droit privé fourniront, au moins implicitement, la preuve que le développement du droit romain s'est constamment fait d'après les mêmes principes, et que *presque toutes* les réformes réalisées dans le droit de Justinien étaient naturellement amenées par suite de ce développement successif, sans qu'il fût besoin d'aucune influence extérieure.

[5] L. 1. Th. C., *ne christianum mancipium (hæreticus vel) judæus, vel paganus habeat, vel possideat, vel circumcidat*, 16. 9. - L. 1. 2. J. C., *eodem*, 1. 10.

[6] La liberté est accordée à l'esclave qui dénonce les crimes de rapt, de fabrication de fausse monnaie, et de désertion. - L. 1, Th. C., *de raptu* 9, 24. - L. 2. Th. C., *de falsa moneta* 9, 21. - L. 4, Th. C., *de desertor.*, 7, 18. - L. 2. 3. 4. J. C., *pro quibus causis*, 7, 13. — *Voy.* ci-après, tome III, § 417.

oublier que la constitution la plus humaine à cet égard est due à un empereur païen, savoir celle qui rend libre l'esclave que son maître a abandonné pour cause de maladie ou de vieillesse [7]. Enfin, si nous recherchons les réformes qui avaient pour but d'apporter quelques adoucissements au sort des esclaves, nous trouvons qu'elles émanent presque toutes des empereurs païens [8].

La puissance paternelle, à la vérité, fut considérablement restreinte; mais il est facile de prouver qu'elle avait subi des modifications importantes déjà vers la fin de la république, et que l'extension successive qui fut naturellement donnée à ces modifications aurait dû amener les mêmes résultats sans qu'il fût besoin de l'intervention du christianisme [9]. Ce n'est guère que dans la législation sur le mariage que les doctrines de l'Église ont exercé une influence marquée. Le célibat, qui, dans l'ancien droit, avait été considéré comme contraire aux devoirs du citoyen, fut favorisé; la législation relative aux empêchements au mariage fut modifiée; on chercha à prévenir les secondes noces et le concubinat; le divorce fut rendu plus difficile [10]. Toutefois, nous verrons ci-après que, même dans ces matières, les empereurs ont obéi moins à des principes constants et rigoureux qu'à des influences et à des inspirations quelquefois peu louables, et que souvent les véritables motifs qui les ont guidés ne sont pas plus conformes à l'esprit du christianisme que ceux qui ont dicté les lois cruelles contre les hérétiques et les apostats [11], et les constitutions absurdes qui, sous des prétextes religieux, infligent des peines atroces pour des actes au moins indifférents [12].

[7] Suétone, *Claude*, 25. - Dion Cassius. LX, 29. - Fr. 2. D., *qui sine manumissione ad libertatem perveniunt* 40, 8. - L. un. § 3. C., *de latina libertate tollenda*, 7, 6.

[8] Nous nous bornons ici à mentionner la loi *Petronia* des premiers temps de l'empire, qui défend aux maîtres de faire combattre leurs esclaves contre les animaux. - Fr. 42, D., *de contrah. empt.*, 18, 1. - Fr. 11. §§ 1. 2. D. *ad leg. Corn. de sicariis*, 48, 8. Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons l'occasion de signaler plusieurs constitutions d'empereurs païens, ayant pour but d'améliorer le sort des esclaves, tandis qu'on ne peut guère citer de la part des empereurs chrétiens qu'une seule ordonnance de Constantin, L. 1, Th. C., *de emendat. servor.*, 9 12, laquelle, au reste, ne contient que l'extension d'un principe déjà établi par Antonin le Pieux.— *Voy.* ci-après, tome III, § 414.

[9] Cic., *de legibus*, III, 8. - Denys d'Hal., II, 15. - Paul, V, 1, 1. - Fr. 5. D., *si a parente quis*, 37, 12. - Fr. 5. D., *de lege Pomp. de parric.*, 48, 9. « Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. » - Fr. 2. D., *ad leg. Corn. de sicariis*, 48. 8. - Fr. 9. § 3 D., *de off. procons*, 1, 16. - L. 3. J. C., *de patria potestate*, 8, 47.—*Voy.* au reste, ci-après, tome III, § 407.

[10] *Voy.* ci-après, tome III, §§ 401. 403. 406.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 75, note 59. Il serait trop fastidieux d'énumérer ici toutes les dispositions législatives contre les hérétiques.

[12] Il est difficile de faire un choix dans le grand nombre de constitutions de ce genre. Nous nous bornons à traduire une ordonnance de l'empereur Léon VI, dit le Philosophe, contre les charcutiers et les consommateurs de boudins noirs *Nov. Leonis*, 58. « Dans le temps Dieu ordonna au législateur Moïse de ne point manger du sang, et les hérauts de la

§ 81.

Avant d'exposer les travaux législatifs de l'époque, nous récapitulerons brièvement les sources du droit, que les époques précédentes ont léguées à l'empire.

Les lois de la république et du commencement de l'empire forment toujours la base du droit civil, mais le pouvoir législatif n'appartient plus au peuple; ce sont les empereurs qui l'exercent. Depuis le milieu de l'époque précédente, nous ne trouvons pas non plus de sénatus-consultes relatifs au droit privé. Les préteurs ne publient plus d'édits; mais les dispositions reçues des édits antérieurs sont appliquées et développées par la science et par la pratique. La jurisprudence des tribunaux, *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, conserve son autorité. L'ancien droit coutumier, *mores majorum*, s'est essentiellement modifié et cède devant l'influence toujours croissante du *jus gentium*.

Il n'y a que la science et les constitutions des empereurs qui agissent sur le développement du droit. Toutefois, l'action de la première est faible et disparaît presque entièrement devant le nombre et l'importance des ordonnances impériales.

Depuis Alexandre Sévère, l'art de la jurisprudence, porté à son plus haut degré, commence à décliner [13]. Il n'y a que deux jurisconsultes de cette époque dont nous trouvions des fragments dans la collection de Justinien, savoir Hermogénien (fr. 107) et Aurelius Arcadius Charisius (fr. 6), tous deux sous Constantin, auxquels on ajoute souvent Julius Aquila (fr. 2), qui probablement appartient au siècle précédent. Moins l'époque produisit d'hommes distingués, plus on dut nécessairement recourir aux grands jurisconsultes des siècles derniers. On leur attribua une autorité excessive, et il paraît que leurs ouvrages étaient presque assimilés aux dispositions

grâce ont prescrit de s'abstenir de cet aliment. Et alors que cet usage coupable est repoussé à la fois par l'ancienne loi de grâce et par la nouvelle, les hommes en sont venus à ce degré d'outrecuidance, voire même de démence, qu'ils ne prêtent une oreille obéissante à aucune de ces deux lois. Au contraire, les uns par amour du lucre, les autres par gourmandise, méprisent impudemment ce précepte et se font une nourriture du sang, aliment prohibé. Car il est arrivé à nos oreilles que, *l'introduisant dans des intestins, comme dans des tuniques*, ils le permettent à leur estomac comme un mets habituel. Notre Majesté considérant, etc..., nous ordonnons que personne n'ose commettre ce sacrilége, ni pour son usage propre, ni pour souiller les acheteurs d'un aliment impie; et sache *quiconque (acheteur ou vendeur) sera surpris dorénavant mépriser le précepte divin, et se faire du sang un aliment, qu'il sera condamné à la confiscation de ses biens, et après avoir été sévèrement fouetté jusqu'au sang et rasé honteusement par tout le corps, il sera puni d'un exil perpétuel*, etc. »

[13] Nous trouvons dans Ammien-Marcellin, XXX, 4, un tableau peu flatteur qui nous montre combien peu les jurisconsultes, et particulièrement les avocats, étaient estimés.

législatives [14]. Aussi commence-t-on à composer des recueils dans lesquels se trouvent réunies et classées, d'après l'ordre des matières, les opinions des jurisconsultes classiques sur les différentes parties de la législation. Nous possédons quelques-uns de ces ouvrages, savoir :

1° Des fragments importants d'une collection de passages de jurisconsultes et de constitutions des empereurs, faite probablement du temps de Théodose II. Ce que nous en connaissons se compose de sept titres qui traitent de diverses matières du droit privé [15]. Ces fragments furent trouvés dans la bibliothèque du Vatican par M. Angelo Maï, et publiés en 1823. On les cite ordinairement sous le titre de *Vaticana juris romani fragmenta* [16].

2° *Lex Dei* sc. *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, conférence du droit mosaïque avec le droit romain. L'ouvrage est divisé en 16 titres. A la tête de chaque titre se trouve un chapitre dans lequel l'auteur expose la législation des Hébreux sur telle matière, « *Moïses dicit* » ; suivent alors des fragments de jurisconsultes ou des constitutions impériales qui contiennent les dispositions du droit romain sur la même matière. Cette compilation n'a aucune valeur scientifique; mais nous lui devons la conservation de quelques passages remarquables [17].

3° Un recueil de *responsa* d'un auteur inconnu, qui ne peut être antérieur à Théodose II [18]. Il contient des avis motivés sur des passages tirés d'ouvrages de jurisconsultes et sur des constitutions impériales, et est connu sous le nom de *consultatio veteris jurisconsulti* [19].

L'autorité attribuée aux anciens jurisconsultes était si grande, que les empereurs se crurent obligés de régler par des dispositions législatives l'usage qu'on devrait faire en justice de leurs ouvrages. Constantin publia deux constitutions, dont l'une infirme les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien [20], dont l'autre permet de citer en justice les autres ouvrages de

[14] *Voy.* ci-après l'obs. 1, ajoutée à ce §.

[15] *Ex emto et vendito; de usufructu; de dotibus et re uxoria; de excusatione; quando donator intelligitur revocasse donationem; ad legem Cinciam; de cognitoribus et procuratoribus.*

[16] La première édition en fut publiée par M. Maï, à Rome, en 1823. Presque simultanément parurent deux autres éditions, l'une à Paris, 1823; l'autre à Berlin, 1824.

[17] P. Pithou publia en 1573 la première édition de la *Collatio* d'après un manuscrit qu'on n'a pas retrouvé. Depuis, MM. Blume et Laneizolle ont découvert deux autres manuscrits, le premier à Vercelli, l'autre à Vienne en Autriche. M. Blume en a publié une nouvelle édition, Bonn, 1838.

[18] Car il cite vers la fin du premier chapitre une constitution de cet empereur, qui paraît être la L. 8 Th. C. *de pactis et transactionibus*, 2, 9. (L. 41 J. C. *de transact.* 2, 4).

[19] Première édition de Cujas en 1577.

[20] L. 1, Th. C., *de responsis prudentum* 1, 4. « Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri præcipimus. » (321). — Les notes de Marcien subirent le même sort, nous ne savons à quelle époque. L. 1, § 6, J. C., *de vetere jure enucleando* 1, 17. — *Voy.* encore L. un., pr. Th. C., *de sententiam passis* 9, 43. « In quæstione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, *remotis Ulpiani*

Paul et surtout ses *Libri sententiarum* [21]. Mais la pièce la plus curieuse est la constitution de Théodose II, ou de Valentinien III, qu'on appelle assez improprement la *loi des citations* [22]. Par cette ordonnance l'empereur n'accorde d'autorité qu'aux ouvrages de Papinien, de Paul, de Gaius, d'Ulpien et de Modestin, et à ceux des anciens jurisconsultes dont les opinions ou les ouvrages auraient été cités et expliqués par ces cinq jurisconsultes [23]. Parmi ces anciens, la loi distingue particulièrement Cerv. Scævola, Sabinus, Julien et Marcellus. L'opinion de la majorité des jurisconsultes mentionnés était décisive; mais, en cas de partage (d'après d'autres, dans le cas où chacun d'eux aurait eu un avis particulier), on accordait voix prépondérante à la sagesse supérieure de Papinien [24]. La même constitution confirme les deux ordonnances de Constantin que nous avons citées.

atque Pauli notis, Papiniani placet valere sententism, nt in patris sit filius potestate, eui dignitas se bona restituta sunt, ete. » (321). - L., 3. J. C., *de vetere jure enucleando* 1, 17.

[21] L. 2, Tb. C., *de resp. prud.* 1, 4. « Universa, quæ seriptura Pauli continentur, reeepta auetoritate firmanda sunt et omni venerstione eelebranda. Ideoque sententiarum libros, plenissima luce et perfeetissims elocutione et justissima juris ratioue sueeiuetos, in judieiis prolatos valere, minime dubitatur. » (327). — Cf. *Consultatio veteris jcti*, 7.

[22] L. 1 (3), Tb. C., *de resp. prud.* 1, 4. Impp. Theod. et Valent. AA., ad senat. urb. Rom. « Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini seripta universa firmamus, ita ut Gaium quæ Paulum, Ulpianum et ennetos comitetur auetoritas, leetionesque ex omni ejus opere reeitentur. Eorum quoque seientiam quorum traetatus atque sententias prædieti omnes suis operibus miseuerunt, ratam esse censemus, ut Scævolæ, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, eodieum collatione firmentur. Ubi autem diversæ sententiæ proferuntur, potior numerus vineat auetorum, vel, si numerus æqualis sit, ejus partis præeedat auetoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vineit, ita eedit duobus. Notas etism Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus faetas (sieut dudum statutum est) præeipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiæ recitantur, quorum par eensetur auetoritas, quod sequi debeat, eligat moderstio judieantis. Pauli quoque sententias semper valere præeipimus. » Dat. VII Id. Ravennæ, DD. NN. Theod. XII et Valent. II, A. A. Coss. (426). — On n'est pas d'aecord sur la question de savoir si eette constitution doit être attribuée à Théodose II ou à Valentinien III. Dans les temps modernes, on a plutôt penché pour Valentinien III, par le motif que l'ordonnance est datée de Ravenne (*V.* § 71, note 6). Mais M. Hugo fait observer avee raison qu'il n'est pas probable que eette pièce soit émanée d'un enfant de huit ans, et qu'il est plus rationnel d'admettre que l'examplaire qui nous a été conservé par le *Breviarium Aloricianum* est l'expédition faite pour l'Oecident d'une ordonnance déjà publiée à Constantinople par Théodose II.

[23] Pourvu que l'exactitude des citations eût été constatée par la comparaison avee l'ouvrage eité. Tel est le sens des mots « si tamen eorum libri (e'est-à-dire les livres de Papinien, Paul, Gaius, Ulpien et Modestin), propter antiquitatis incertum, eodieum collatione firmentur. » — *Voy.* Puchta, *Institutionen*, § 134, note p.

[24] L'interprétation qui aecompagne cette constitution dans le *Breviarium Alaricianum* (*V.* § 85, note 17) l'entend evidemment du eas de partage : « Hæc lex ostendit, quorum conditorum sententiæ valeant : hoe est Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani, Modestini, Scævolæ, Sabini, Juliani atque Marcelli. Quorum si fueriut diversæ prolatæ sententiæ, ubi major numerus unum senserit, vincat. Quod si forsitan æqualis numerus in utraque parte est, ejus partis præcedat auetoritas, in qua Papinianus eum æquali numero senserit, quia. ut singulas Papinianus vincit, ita et eedit duobus. »

Il est facile à concevoir qu'à une époque où l'on pouvait porter de pareilles lois, la science n'avait ni vie ni vigueur. Aussi les jurisconsultes de ce temps n'ont-ils guère exercé d'influence sur le développement de la législation. Ce sont les empereurs qui se chargent de ce soin; et le nombre de leurs constitutions augmente dans une proportion rapide depuis Dioclétien [25]. C'est également à partir de cette époque que les empereurs prennent ostensiblement le rôle de législateurs, en donnant à leurs constitutions la rédaction générale et absolue [26] qui caractérise les lois proprement dites, *leges, leges edictales, edicta* [27].

Observation 1. Un fait qui prouve l'autorité excessive attribuée aux jurisconsultes du temps passé est la division des sources du droit généralement adoptée pendant notre époque, savoir en *leges* et *jus*. Par *leges* on entend les constitutions impériales; toutes les autres sources sont appelées *jus*, mot par lequel on désigne tout spécialement les ouvrages des jurisconsultes, dans lesquels se puisaient les règles du droit antérieur [28].

Observation 2. Une autre division du droit, dont les premières traces se trouvent déjà dans Cicéron, et qui forme la base principale du titre des Institutes *de jure naturali, gentium et civili*, est celle en *jus scriptum* et *jus non scriptum*. Aujourd'hui on entend généralement par *droit écrit* celui qui est établi par l'autorité législative, et par *droit non écrit* celui qui s'est introduit sans l'action de cette autorité. Les Romains emploient ces mots dans le sens propre et matériel, et appellent *jus scriptum* tout ce qui est matériellement écrit, gravé sur tables ou couché sur papier. Au reste, comme cette division n'est d'aucune importance en droit romain, nous nous bornons à transcrire dans les notes les principaux passages de nos sources qui en traitent. On y verra que les édits des préteurs et les avis des jurisconsultes, qui certes n'émanaient pas du pouvoir législatif, figurent dans la catégorie du *jus scriptum* [29].

[25] Nous avons, dans le code de Justinien, 1247 constitutions de Dioclétien, dont 25 de lui seul et 1222 de lui et de Maximien.

[26] Par contre, les rescrits, et sans doute aussi les décrets, n'ont plus d'autorité que pour l'espèce dans laquelle ils ont été rendus. (L. 11 Th. C. *de diversis rescriptis* 1, 2). L. 2. J. C. *de legibus* 1, 14. - L. 13. C. *de sententiis* 7, 45.

[27] L. 5. 6. Th. C. *de constit.* 1, 1 et *passim.* Le mot *edicta* a dès lors une autre portée que lorsqu'il est appliqué aux ordonnances des magistrats; il sert à désigner de véritables émanations du pouvoir législatif.

[28] *Interpretatio* Legis un. Th. C. *de resp. prud.* 1, 4. - *Int.* L. 2. Th. C. *de dotibus* 3, 13. - *Int. Cod. Gregor.* II, 2, 1. - *Edictum Theodorici* in epilogo. - L. 5. C. *quorum appellationes non recipiuntur*, 7, 65.

[29] Cicéron, *part. orat.*, 37. « Atque hæc communia sunt naturæ atque legis; sed propria legis et ea quæ *scripta* sunt, et ea quæ *sine litteris*, aut gentium jure, aut majorum more retinentur. » — Justinien, en parlant de cette division, dit, au § 10, I., *de jure nat., gent. et civ.* 1, 2 : « Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus observarent, *memoriæ mandarent;* Athenienses vero ea, quæ

RECUEILS DE CONSTITUTIONS FAITS AVANT THÉODOSE II. — CODE THÉODOSIEN.

§ 82.

Le besoin de réunir et de classer ces constitutions se fit sentir de plus en plus, surtout à l'égard des décrets et des rescrits, lesquels, n'étant pas promulgués, ne parvenaient guère à la connaissance du public. Déjà, sous Marc-Aurèle, le jurisconsulte PAPIRIUS JUSTUS avait fait un recueil des rescrits de cet empereur, et le Digeste renferme plusieurs passages d'un ouvrage de PAUL, qui paraît avoir contenu des décisions judiciaires, *decreta*, émanées des empereurs [30]. Des travaux plus complets furent entrepris, probablement sous Constantin, par les jurisconsultes GRÉGORIEN et HERMOGÉNIEN [31]. Nous ne savons rien de précis sur ces deux collections connues sous les noms de *Codex Gregorianus* et *Codex Hermogenianus;* mais, d'après les fragments qui nous en ont été conservés dans le *Breviarium Alaricianum*, il paraît que le code d'Hermogénien était postérieur au code de Grégorien, et en formait, pour ainsi dire, la suite. Ils contenaient des constitutions impériales (particulièrement des rescrits), classées d'après l'ordre des matières [32].

Toutefois, ces collections, émanées de particuliers, n'avaient aucun caractère officiel [33]. L'empereur Théodose II conçut le projet d'un grand travail législatif. En 419, il institua une commission, à laquelle il ordonna de compléter les codes Grégorien et Hermogénien par un nouveau recueil de constitutions (*leges*) publiées depuis Constantin, partagées et divisées en livres et titres, et de faire un autre code renfermant des extraits d'ouvrages de droit et des codes précédents (*jus*) [34]. Les constitutions abrogées ou tombées en désuétude devaient être omises dans le dernier, mais rapportées

in legibus *scripta* reprehendissent, custodirent. » — ID., § 5, I., *eod.* « *Scriptum* jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, *magistratuum edicta, responsa prudentum.* § 9. Ex *non scripto* jus venit, quod usus comprobavit. » — POMPONIUS, au Fr. 2, § 5, 12, D., *de orig. juris* 1, 2, dit que le droit, qui s'est formé du temps de la république par l'interprétation des jurisconsultes, *sine scripto venit, sine scripto consistit;* mais les *responsa prudentum* sont considérés comme *jus scriptum.*

[30] *Voy.* ci-dessus, § 63, note 71.

[31] D'après un passage de la *consultatio veteris jcti*, c. 9, qui attribue au code Hermogénien une constitution de Valens et Valentinien II, il faudrait rapporter cette collection à une époque plus avancée; mais il est possible que cette constitution récente ait été tirée d'un appendice ajouté postérieurement au code Hermogénien.

[32] La plus ancienne constitution qui nous ait été conservée du code Grégorien est de Septime Sévère. Il finit avec Dioclétien. Le code d'Hermogénien commence par Constantin — Ces deux recueils ont été publiés pour la première fois par SICHARD dans le *Breviarium Alaricianum. Voy.* § 83.

[33] Aussi le *Breviarium* les place-t-il dans le *jus* et non parmi les *leges. Voy.* ci-après, § 83.

[34] L. 3, Th. C., *de constit.* 1, 1, éd. Wenck.

dans le premier par ordre chronologique. La commission, composée de neuf fonctionnaires et savants, ne semble pas avoir rempli la mission dont elle était chargée; une nouvelle commission de seize membres fut nommée, en 435, pour exécuter la première partie du projet annoncé dans la constitution de 429, c'est-à-dire la collection des *leges* [35]. Ce travail fut achevé en 438, et publié en Orient par une ordonnance adressée au préfet du prétoire de Constantinople [36]. La même année, Valentinien III lui donna force obligatoire en Occident, en le faisant communiquer au sénat par le préfet du prétoire de Rome [37].

Ce recueil, qui déjà dans l'ordonnance de 435 est appelé CODEX THEODOSIANUS, est divisé en seize livres, et contient des constitutions impériales à partir de Constantin [38]. En 1550, du Tillet (Tilius) en publia, d'après un manuscrit, le sixième livre en grande partie, et les huit derniers livres en entier, sauf quelques lacunes dans le dernier. Cujas y ajouta en 1566 les livres sixième, septième et huitième. Les cinq premiers livres n'étaient connus que par les extraits fort incomplets qui se trouvent dans la loi romaine des Visigoths [39]. De nos jours (1817), M. Peyron découvrit au musée royal de Turin, dans un palimpseste, un grand nombre de constitutions (99) non abrégées, appartenant aux six premiers livres, et dans un autre palimpseste quelques constitutions des trois derniers livres [40]. D'autres découvertes faites postérieurement, surtout par MM. Clossius et Hænel, ont enfin fait disparaître en grande partie les lacunes que cette collection présentait [41].

[35] L. 6, Th. C., *de constit.* 1, 1, éd. Wenck.

[36] Const., *de Theodosiani codicis auctoritate.* Cette constitution est la première novelle de Théodose, dans l'édition de Ritter. Dans le manuscrit de Turin et dans l'édition de Wenck elle précède le Code.

[37] Le procès-verbal de cette communication a été découvert par Clossius : *Gesta in senatu urbis Romæ de recipiendo Theod. Codice.* Il précède le Code dans les éditions de Wenck et de Hænel. — Valentinien III adressa également en 443 une ordonnance aux *constitutionarii*, c'est-à-dire aux employés chargés du dépôt des exemplaires du Code, pour leur enjoindre de veiller à ce que les copies du Code soient correctement faites. Elle a été également trouvée par M. Clossius.

[38] Il est difficile de déterminer le sens des mots « *imperatores legitimi,* « dont un auteur ancien se sert en parlant du code Théodosien. Godefroid pense qu'il faut entendre par là les empereurs chrétiens (t. I, p. 211); mais on peut objecter que le Code contient des constitutions de Julien l'Apostat. C'est par ce motif que Ritter et Heineccius croient que les *imperatores legitimi* sont opposés à ceux connus sous le nom des trente tyrans, comme le fait aussi AMMIEN-MARCELLIN, XV, 8; XIX, 12; XXVI, 4. 6. - *Voy.* ZIMMERN, *Gesch. d. R. P.*, t. I, p. 166.

[39] C'est dans cet état que le code Théodosien se trouve dans l'édition qui renferme le célèbre commentaire de JACQUES GODEFROI (GOTHOFREDUS), et qui fut publiée après la mort de ce dernier par MERVILLE (MARVILLIUS), en 1665 à Lyon. Éditée de nouveau et augmentée par RITTER, Leipzig, 1736-1745.

[40] Ces constitutions furent publiées par M. l'abbé PEYRON à Turin, en 1824.

[41] Après la publication de M. CLOSSIUS. Tubingue, 1824, M. WENCK fit une édition du code

Après le code Théodosien, les empereurs de l'Orient et de l'Occident rendirent encore un grand nombre de constitutions qui, d'après le principe émis dans l'ordonnance de 429, étaient toujours communiquées par l'un à l'autre pour les faire publier en cas d'approbation. On les appelle novelles, *novellæ constitutiones*. Nous en avons, en dehors de celles renfermées dans les collections de Justinien, plus de 100, dont 36 de Théodose II et 43 de Valentinien III, les autres de Maxime, Marcien, Majorien, Sévère et Anthime [42].

TRAVAUX DE JUSTINIEN [43].

§ 83.

Lorsque Justinien monta sur le trône, la réforme des lois romaines était devenue un travail aussi indispensable que difficile. Dans l'espace de dix siècles, le nombre infini des lois, des opinions des jurisconsultes et des constitutions impériales, avait rempli des milliers de volumes que l'homme le plus riche ne pouvait acheter, et que la tête la plus vaste ne pouvait contenir [44]. Justinien, qui (d'après quelques auteurs modernes) avait dans sa jeunesse étudié la jurisprudence [45], conçut le projet de réunir en un seul corps toutes les règles de droit, quelle que fût leur origine. Déjà Pompée et César avaient eu cette intention; mais ils n'eurent pas le temps de songer à la réaliser [46]. La collection de Théodose était incomplète, parce que d'abord elle ne contenait que des constitutions impériales d'une époque peu

Théodosien à Leipzig, en 1825. Enfin le *Corpus juris civilis antejustiniani* qui se publie à Bonn contient l'édition la plus complète de ce code et des novelles post-théodosiennes, faite par les soins de M. HÆNEL.

[42] Les novelles Théodosiennes et post-théodosiennes se trouvent dans la plupart des éditions du code Theodosien, notamment dans celles qui contiennent le commentaire de Godefroi. Une édition plus complète en fut faite par les soins de ZIRARDINI et AMADUZZI, 1766-1767. Enfin le *Corpus juris antejustiniani* contient toutes celles qui sont connues aujourd'hui. *Voy.* la note précédente.

[43] Dans ce paragraphe nous suivons en grande partie GIBBON, *Histoire de la décadence de l'empire romain*, chapitre 44, ainsi que les notes de MM. BLONDEAU et BONJEAN, ajoutées à leur édition des *Institutes*. Paris, 1838.

[44] EUNAPIUS dit qu'une bibliothèque complète de jurisconsulte aurait fourni la charge de plusieurs chameaux, *ἄχθας καμήλων πολλῶν*.

[45] Cette assertion, reproduite par Gibbon, n'est appuyée d'aucun témoignage historique. — Les érudits ont beaucoup discuté sur le degré d'instruction qu'il faudrait attribuer à Justinien. Les uns en ont fait un génie presque universel, les autres le représentent comme fort ignorant, et, en se fondant sur un passage de SUIDAS, v. *ἀμάθητας*, ils vont même jusqu'à dire qu'il ne savait pas lire (ἀναλφάβητας). Mais les arguments de part et d'autre sont très-faibles; et quant à ce dernier reproche fondé sur le passage de Suidas, il est hors de tout doute que cet auteur ne parle pas de Justinien, mais bien de Justin I.

[46] SUÉTONE, *Jul. César*, 44. - ISIDORE, *Orig.*, V, 1. - AULU GELLE, I, 22, rapporte que

étendue, et qu'ensuite près de cent ans s'étaient écoulés depuis sa publication. La mesure que prit Justinien était donc dictée par les besoins de l'époque.

Il entreprit d'abord de recueillir de nouveau les constitutions des empereurs, *leges*. La première année de son règne (528), il nomma une commission de dix jurisconsultes, à la tête desquels il plaça Joannes, ex-questeur du palais et parmi lesquels se trouvèrent Tribonien, qui devint le jurisconsulte le plus célèbre de l'époque, et Théophile, professeur à l'école de droit de Constantinople. Cette commission devait revoir les ordonnances des empereurs contenues dans les codes de Grégorien, d'Hermogénien et de Théodose, ainsi que les novelles de cet empereur et de ses successeurs, en faire disparaître les erreurs et les contradictions, retrancher tout ce qui était tombé en désuétude ou superflu, et recueillir tout ce qu'il y avait de lois sages et salutaires susceptibles de s'adapter à la pratique des tribunaux et aux besoins de l'époque [47]. Le travail fut achevé en quatorze mois, et le CODEX, divisé en douze livres, fut confirmé et solennellement publié le 7 avril 529 [48].

Après la confection de ce code, Justinien chargea (15 déc. 530) Tribonien, alors nommé *quæstor sacri palatii*, et auquel il adjoignit seize collègues, de recueillir dans les ouvrages des plus célèbres jurisconsultes tout ce dont on pourrait faire usage, *jus*. Cette commission fut revêtue d'une juridiction absolue dans l'appréciation de ces ouvrages [49]. L'empereur lui avait accordé dix ans pour faire cet immense travail [50], mais elle y mit tant de zèle et d'activité, qu'elle le termina en trois ans. Il fut publié sous le titre de DIGESTA ou PANDECTÆ, le 16 décembre 533, pour être obligatoire à partir du 30 du même mois [51]. On avait choisi trente-neuf des plus habiles jurisconsultes [52], on renferma dans cinquante livres l'abrégé de deux

Cicéron avait eu la même idée. — Au reste, il va sans dire que ces projets ont dû être moins étendus et d'une nature toute différente de celui dont Justinien poursuivit l'exécution.

[47] Const. HÆC QUÆ NECESSARIO, etc. *de novo codice faciendo.*

[48] Const. SUMMA REIPUBL. *de Justinianeo codice confirmando.* — C'est par la const. TANTA, § 1, et la const. OMNEM REIPUBL., que nous savons que ce Code contenait douze livres.

[49] Constit. DEO AUCTORE.

[50] On tire cette conséquence de la const. *Tanta*, § 12, où Justinien dit « in *tribus annis* consummata..., neque id totum *decennium* compleri sperabatur; » mais il ne résulte point nécessairement de ce passage que l'empereur ait accordé dix ans pour la confection du travail.

[51] Const. TANTA, *de confirmat. Digest.* — Le mot « Digesta » vient de *digerere*, *digerere in partes*, diviser et mettre en ordre; le mot « Pandectæ » de *πᾶν* et *δέχομαι*, recueil complet, qui *contient tout*.

[52] L'index qui se trouve dans le manuscrit de Florence en compte quarante; mais il contient plusieurs erreurs. *Voy.* ZIMMERN, *Gesch. d. R. P. R.*, p. 224. Voici les noms des trente-neuf jurisconsultes qui ont fourni des fragments au Digeste : Ælius Gallus, Africanus, Alfenus, Anthianus, Julius Aquila, Callistratus, Celsus, Aur. Arc. Charisius, Florentinus, Gaius, Hermogenianus, Javolenus, Julianus, Labeo, Macer, Vol. Mæcianus, Marcel-

mille traités, et on a eu soin d'instruire la postérité que trois millions de lignes ont été réduites dans ces extraits au nombre modeste de cent cinquante mille [53]. Les Pandectes se composent de cinquante livres et sont divisées en sept parties [54]. Pour le classement des matières on suivit l'ordre adopté par Salvius Julianus dans l'édit [55]. Quoique en général on transcrivit littéralement les passages qu'on recevait, il paraît cependant que

lus, Marcianus, Mauricianus, Menander, Modestinus, Neratius Priscus, Papinianus, Papirius Justus, Paulus, Pomponius, Proculus, Rufinus, Rutilius, Saturninus, Cervid. Scævola, Q. Muc. Scævola, Tarruntenus, Tercut. Clemens, Tertullianus, Tryphoninus, Ulpianus, Aburnus Valens, Venulejus.

[53] Gibson, *l. l.*, note 77. - Hugo, *R. G.*, page 1075, note 1 (XIe éd.).

[54] Justinien donne une raison bien mystérieuse pour justifier cette division. Const. Tanta, § 1. « ... Et in septem partes eos digessimus, non perperam, neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes. » Hugo, *R. G.*, pages 1057 1062 (XIe éd.), met cette division en rapport avec la distribution des leçons dans les écoles de droit de ce temps.

[55] Nous croyons utile de donner ici une courte analyse d'un intéressant article *sur l'ordre des fragments du Digeste*, que M. Blume a publié dans le journal : *Zeitschrift für gesch. R. W.*, t. IV, et dont Hugo a rendu compte dans la Thémis, t. III (p. 246 de l'éd. de Bruxelles). Voici, d'après M. Blume, la marche que les rédacteurs du Digeste auraient suivie dans leur travail : « La commission se divisait en trois sections, à chacune desquelles était assignée une série des livres qui devaient servir à la compilation. La première série comprenait les commentaires sur *Sabinus;* la seconde, ceux sur l'*édit;* la troisième embrassait les ouvrages de *Papinien* et plusieurs *monographies* sur des institutions plus récentes. Chaque section lisait séparément les ouvrages qu'elle avait à examiner d'après un ordre déterminé d'avance; cependant on réunissait quelquefois des ouvrages de séries différentes, quand ces ouvrages traitaient des mêmes matières. Après avoir comparé avec le code de Justinien les extraits ainsi obtenus, on les classait sous une rubrique en suivant la division de ce code, de l'édit ou, en cas de besoin, même celle d'un ouvrage qui avait été mis à profit. (Const. Deo auctore, § 5. 9. - Const. Tanta, § 14). Enfin on relisait tout ce qui se trouvait sous la même rubrique, on retranchait les répétitions, on faisait disparaître les contradictions et l'on opérait des transferts quand cela paraissait nécessaire. — Les travaux de chaque série ainsi terminés, les sections se réunissaient et procédaient à la composition des Pandectes. On mettait à la tête de chaque titre la série qui avait fourni le plus grand nombre de fragments ou du moins les fragments les plus considérables. Toutefois, on la comparait d'abord avec les deux autres séries et on y faisait entrer les principes généraux qui se trouvaient dans ces dernières, ainsi que tout ce qui pouvait servir à combler une lacune ou à fournir des explications. Ce qui restait après cette opération dans les deux autres séries était placé à la suite de la première, et il paraît que la série la moins étendue était ordinairement mise à la fin du titre. — Tel est l'ordre que semblent avoir généralement suivi les compilateurs du Digeste. Il y a des exceptions; elles sont même très-fréquentes dans l'arrangement intérieur des séries; mais elles sont très-rares dans la distribution fondamentale, c'est-à-dire d'une série à l'autre, et l'on peut toujours en donner le motif : par exemple, le premier fragment d'un titre est souvent d'une autre série que les suivants, parce qu'il a paru propre à servir d'introduction; c'est ainsi que le Fr. 1, D., *de regulis juris* 50, 17, n'est pas de Sabinus : il s'agissait de définir ce qu'on entendait par *règle de droit*, et on a cru trouver ce qu'on cherchait dans un passage de la seconde série; souvent aussi un passage qui se trouvait cité dans un autre fragment a été joint immédiatement à celui-ci; enfin, les fragments placés à la fin d'un titre forment quelquefois un appendice. » A l'appui de son système M. Blume a fait suivre son article de trois tableaux, dont *la Thémis* donne le premier, lequel contient la division en trois séries et indique l'ordre dans lequel les ouvrages de chaque série paraissent avoir fourni des extraits aux différents titres du Digeste.

souvent on prêta à un ancien jurisconsulte un texte émané de la commission, et il est certain aussi que bien des textes ont été changés et modifiés. On désigne ces changements par le nom d'*emblemata Triboniani* [56].

En 533, pendant qu'on travaillait au Digeste, Justinien chargea Tribonien, Théophile et Dorothée, ces deux derniers professeurs de droit à Byzance et à Béryte, de la rédaction d'un ouvrage élémentaire destiné à la jeunesse [57]. Les INSTITUTES furent publiées le 21 novembre 533, un mois avant la promulgation du Digeste; mais l'un et l'autre ouvrage ne reçurent force de loi qu'à partir du 30 décembre 533 [58]. Les Institutes de Justinien ont été presque entièrement calquées sur celles de Gaius; on y a fait entrer aussi beaucoup de fragments d'autres jurisconsultes anciens. Pour approprier ce travail aux besoins de la législation nouvelle, Tribonien joignit aux dispositions du droit ancien les dispositions nouvelles des constitutions impériales. Les Institutes sont divisées en quatre livres à l'instar de celles de Gaius.

Cependant, le code de 529 se trouva n'être plus complet. D'abord, l'empereur même avait fait une nouvelle collection de cinquante constitutions rendues pour décider des questions ou des procès qui lui avaient été soumis, QUINQUAGINTA DECISIONES [59]. Même après la confection du Digeste et des Institutes, Justinien avait encore introduit quelques changements essentiels. Il se crut donc obligé d'ordonner une nouvelle édition, *repetita prælectio*, de l'ancien code, travail dont il chargea Tribonien avec l'assistance de quatre collaborateurs. Le nouveau *Codex*, qui contient les 50 décisions et quelques autres nouvelles ordonnances, fut alors promulgué le 16 novembre 534, CODEX REPETITÆ PRÆLECTIONIS [60]. L'ancien code fut aboli et disparut entièrement; nous n'en avons plus de traces.

Depuis 535 jusqu'à sa mort (565), Justinien rendit encore beaucoup d'ordonnances particulières par lesquelles il modifia des points très-importants de sa législation. Ces nouvelles constitutions sont écrites partie en grec, partie en latin, dans un style obscur et ampoulé; elles sont connues sous le nom de NOVELLES, *novellæ constitutiones*, νεαραὶ διατάξεις. Justinien n'en publia aucun recueil; mais bientôt après sa mort (565) on fit une collection de 168 novelles grecques, dont 154 de Justinien [61].

[56] Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons souvent l'occasion de signaler de pareilles interpolations.

[57] Const. DEO AUCTORE, § 11. - Const. TANTA, § 11. - Const. IMPERATORIAM MAJESTATEM (*Proœmium Institutionum*).

[58] Const. IMPERATORIAM MAJESTATEM. - Const. TANTA, § 11.

[59] § 3, I. *de libertinis* 1, 5. - § 16, I. *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur* 4, 1. - L. un. § 10, C. *de caducis tollendis* 6, 51.- Const. CORDI NOBIS, *de emendatione codicis*, § 1.

[60] Const. CORDI NOBIS *de emendatione codicis*.

[61] Les quatorze autres ordonnances sont des novelles des successeurs de Justinien, Justin II et Tibère II, et des édits de préfets du prétoire. — Nous possédons en outre *treize édits de Justinien*, qui se rapportent particulièrement à l'administration de différentes localités.

Nous trouvons des renseignements très-complets sur ces travaux dans les ordonnances par lesquelles Justinien ordonna la confection des différentes parties de sa collection, ainsi que dans celles qu'il publia à l'occasion de leur promulgation [62].

Ces constitutions, qu'on cite ordinairement par leurs premiers mots, sont : a) Pour l'ancien code, la Const. HÆC QUÆ NECESSARIO, etc., *de novo codice faciendo* (528), et la Const. SUMMA REIPUBLICÆ, etc., *de Justinianeo codice confirmando* (529).

b) Pour les Institutes, le *Proœmium* des Institutes qui commence par ces mots : IMPERATORIAM MAJESTATEM (533).

c) Pour le Digeste, la Const. DEO AUCTORE, etc., *de conceptione Digestorum* (530), et la Const. TANTA (Δέδωκεν), *de confirmatione Digestorum* (533) [63].

d) Pour le code nouveau, la Const. CORDI NOBIS, etc., *de emendatione codicis domini Justiniani.*

A ces ordonnances on peut ajouter la constitution que Justinien publia en 533 sur la manière dont l'enseignement du droit devait se faire dans les écoles de Constantinople et de Béryte, et qu'il adressa aux professeurs de ces écoles (Const. OMNEM REIPUBLICÆ, etc., *de ratione et methodo juris docendi ad antecessores*) [64].

Le but que Justinien s'était proposé en ordonnant ces grands travaux était double. D'abord il voulait favoriser l'étude du droit, en donnant à ceux qui s'y appliqueraient une collection complète de tout ce que renfermaient d'utile les différents ouvrages existants. Ensuite, il avait l'intention de mettre fin à la grande incertitude qui régnait dans toutes les branches de la science. Pour couper court à toute discussion sur la préférence qu'une opinion pourrait mériter sur une autre, il voulut qu'on regardât toute la collection comme son œuvre, et il la revêtit tout entière de la sanction impériale [65]. Il était si sûr d'avoir tout fait pour atteindre ce but, qu'il n'hésita pas à déclarer qu'elle ne renfermait pas une seule contradiction [66].

[62] La collection de Justinien, ainsi que ses novelles, fut plus tard (554) également rendue obligatoire pour l'Italie. Cela résulte du chapitre XI d'une constitution de cet empereur, conservée par Julien (§ 84, note 73), qui en vingt et un chapitres traite de différentes matières et que l'on a l'habitude de citer, d'après les premiers mots du chapitre I, sous le nom de : Pragmatica sanctio PRO PETITIONE VIGILII.

[63] Ces constitutions forment le titre du Code, *de vetere jure enucleando* 1, 17. Quelques éditions du *Corpus juris* contiennent dans ce titre encore une constitution qui commence par les mots DEDIT NOBIS DEUS. Cette pièce n'est autre chose que la traduction latine de la const. Δέδωκεν, laquelle est la version grecque de la const. TANTA.

[64] Justinien n'y parle point de l'école de Rome, parce qu'à cette époque Rome était occupée par les Ostrogoths.

[65] Const. TANTA, § 19. — Cela n'est dit expressément que pour les trois premières parties de la collection, mais s'applique de fait également au nouveau Code. Il en est de même des trois notes suivantes.

[66] Const. TANTA, § 14. 15. « *Contrarium* autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi

Pour prévenir tous les changements ultérieurs dans sa collection, Justinien défendit rigoureusement l'usage des chiffres et des abréviations, et, se souvenant que le nombre des commentateurs avait accablé l'édit, il déclara qu'on punirait comme faussaires les jurisconsultes qui oseraient interpréter ou pervertir le texte de la volonté du souverain [67]. Il permit tout au plus qu'on la traduisit en grec mot par mot κατὰ πόδα ou qu'on fit des παράτιτλα, c'est-à-dire des sommaires des différents titres [68].

Il parait cependant que cette défense ne fut pas rigoureusement observée; car Théophile, l'un des collaborateurs de l'ancien Code, du Digeste et des Institutes, ne se borna pas à faire une traduction grecque des Institutes, mais il l'accompagna d'un commentaire auquel nous devons beaucoup de renseignements précieux [69]. Le même jurisconsulte écrivit sur le Digeste un commentaire, et l'on cite des travaux analogues sur le Digeste, le Code et les Novelles faits par Dorothée, professeur à Béryte et collaborateur des Institutes, par Stephanus, Cyrille, Thalelæus et plusieurs autres contemporains [70].

locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiat : sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiæ querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiæ fines effugientem. » Les jurisconsultes qui se sont occupés du droit romain sont loin d'être d'accord avec l'empereur sur ce point. Lorsque le droit romain était encore en vigueur, les antinomies qui se trouvent dans le *Corpus juris* faisaient le désespoir des interprètes. Pour les concilier, on doit d'abord examiner la date de la publication des dispositions contradictoires et appliquer le principe que la loi postérieure déroge à la loi antérieure. Ainsi les *Novelles* l'emportent sur les autres parties, et le Code déroge aux *Pandectes* et aux *Institutes*. Mais, entre ces deux dernières parties, il est difficile de décider, puisque Justinien leur a donné force obligatoire à partir du même jour. Il est impossible de donner une règle générale; on doit se laisser guider par les circonstances particulières de l'espèce. Il en est de même lorsque des contradictions se trouvent dans la même partie de la collection de Justinien.

[67] Const. Tanta, § 21.

[68] Const. Tanta, §§ 21. 22.

[69] La première édition du texte grec de la *paraphrasis* de Théophile, fut publiée par Viglius ab Zuichem, à Bâle, 1534. La meilleure édition, accompagnée d'une traduction latine et de nombreuses notes, est celle de G. O. Reitz. La Haye, 1751. — On a douté que l'auteur de la paraphrase fût le même que le second rédacteur des *Institutes*, et quelques savants ont même pensé que cet ouvrage a dû être composé postérieurement aux Basiliques, auxquelles l'auteur aurait fait des emprunts ; mais il résulte du texte même de la paraphrase qu'elle a été écrite du temps de Justinien. Ainsi, pour ne citer que quelques indices, nous ferons observer que Justinien y est appelé βασιλεὺς et δεσπότης ἡμέτερος εὐσεβέστατος, termes qui ne peuvent s'appliquer qu'à l'empereur régnant, §§ 12. 14. I., *de usucapionibus*, 2, 6. - § 3. I., *de donationibus* 2, 7. - § 2. I., *de bonorum possessionibus* 3, 9, et *passim*. Dans le § 12. I., *de fideicommissariis hereditatibus* 2, 43, il est même question d'une constitution tout *récemment* (οὐ πρὸ πολλοῦ χρόνου) publiée par Justinien, βασιλεὺς ἡμέτερος, sur la proposition du questeur Tribonien. Cf. § 14. I., *de usucapionibus* 2, 6. Quant aux emprunts prétendûment faits aux *Basiliques*, il est plus probable que les rédacteurs des *Basiliques* ont puisé dans la paraphrase de Théophile. — Au reste, à en juger de la rédaction et du titre même du livre que nous possédons, il parait que c'est plutôt le cahier d'un des élèves de Théophile, que l'ouvrage original du professeur même.

[70] De tous ces commentaires, nous ne possédons que des fragments épars dont la conser-

DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT [71].

§ 84.

Peu de temps après la mort de Justinien, Julien, professeur à Constantinople, fit en latin un abrégé de 125 novelles, connu sous le nom d'*Epitome novellarum* [72]. Vers la même époque parut aussi une traduction latine des novelles, qu'on appela dans la suite *Corpus authenticum* pour la distinguer de l'épitomé de Julien. C'est le texte de cette traduction qui fut plus tard adopté par les glossateurs et appelé *Versio vulgata* [73]. Il y eut encore plusieurs traductions grecques des Institutes, du Digeste et du Code; et, au mépris des ordonnances de Justinien, les jurisconsultes ne manquèrent pas de composer de nombreux commentaires sur ces collections.

Les changements inévitables de la législation firent bientôt sentir la nécessité de faire de nouveaux codes.

L'empereur Basile Ier, *le Macédonien,* publia d'abord (876) une espèce d'Institutes sous le titre de πρόχειρον τῶν νόμων, et conçut ensuite le projet de composer un grand ouvrage dans lequel seraient fondus tous les recueils de Justinien et les lois postérieures. La mort (886) l'empêcha d'en achever l'exécution. Son fils, Léon VI, dit *le Philosophe*, termina ce grand travail et le promulgua en 887 sous le nom de Basiliques, Βασιλικά [74]. Constantin VII, *Porphyrogénète*, en fit (944) une nouvelle édition, ἀνακάθαρσις τῶν Βασιλικῶν. Les Basiliques sont divisées en six parties et contiennent soixante livres [75], dont nous possédons trente-six en entier et sept en partie. Quant aux dix-sept autres, nous n'en avons que des fragments [76]. Cet ouvrage, rédigé en

vation est particulièrement due aux scolies des *Basiliques.* — *Voy.* Zimmern, *Gesch. des R. P. R.*, p. 397 et suiv., et les ouvrages cités dans la note suivante.

[71] *Voy.* sur cette matière, surtout MM. E. Zachariæ, *Historiæ juris Græco-Romani delineatio,* 1839, et Mortreuil, *Histoire du droit byzantin,* 3 tomes, 1847.

[72] Cet abrégé jouit d'une grande autorité en Occident pendant le moyen âge. — *Voy.* ci-après § 85, note 93. Du temps des glossateurs, on lui donnait le nom de *Novella* par excellence. M. de Savigny, *Hist. du droit romain au moyen âge,* tome III, p. 498. — La première édition de l'*Epitome Juliani* fut donnée par Boyer Boerius, Lyon, 1512.

[73] C'est cette traduction qui se trouve dans la plupart des éditions du *Corpus juris.* Elle est obscure et barbare, mais en général elle a le mérite d'être exacte, κατὰ πόδα. Berriat de Saint-Prix, *Hist. du droit romain,* p. 179. Elle ne contient, au reste, que 134 *novelles.* — D'autres traductions plus élégantes ont été faites au seizième siècle.

[74] Ce mot signifie probablement « lois impériales, » Βασιλικαὶ διατάξεις. Il est possible aussi que le nom ait été donné en l'honneur de l'empereur Basilius.

[75] De là ἑξάβιβλος ou ἑξηκοντάβιβλος.

[76] Vers le milieu du dix-septième siècle, dix livres seulement avaient été imprimés, quand Fabrot publia sa belle édition, accompagnée d'une traduction latine. Paris, 1647. Reitz a donné ensuite dans Meerman, *Thesaurus,* un supplément (livres 49-52). M. Heimbach publie,

grec, se distingue de la collection de Justinien en ce que les différentes sources du droit qu'il renferme, fragments de jurisconsultes, constitutions impériales, ne sont point séparées, mais se trouvent réunies sous les mêmes rubriques, et même confondues avec des règles et des définitions dogmatiques. Il est d'une grande importance pour nous, parce qu'il nous montre comment le droit romain était entendu et appliqué à une époque assez rapprochée de celle de Justinien [77].

Après les Basiliques, Léon publia encore un recueil de 113 novelles, qui se trouve dans presque toutes les éditions du *Corpus juris*.

Vers le milieu du quatorzième siècle, Constantin Harmenopoulos publia un ouvrage élémentaire sur le droit en six livres, πρόχειρον τῶν νόμων. Ce manuel obtint une autorité égale à celle de la loi; il a formé le droit civil de la Grèce jusqu'à ces derniers temps [78].

Après la prise de Constantinople par les Turcs (1453), le droit en vigueur ne fut pas changé; mais la science du droit tomba tout à fait, et le clergé, qui jouissait de la confiance du peuple, s'érigea peu à peu en autorité judiciaire et législative en fait de droit privé. Depuis la reconstitution de la Grèce, on a essayé (1830) de fonder sur les Basiliques un nouveau système de droit; mais il parait qu'aujourd'hui on penche plutôt vers la législation française, sauf à y introduire les modifications que les circonstances et les mœurs nationales peuvent exiger.

DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN OCCIDENT [79].

§ 85. *Leges Romanæ.*

En établissant leur domination sur les ruines de l'empire romain, les barbares, tout en faisant disparaître les hautes magistratures et le système d'administration [80], ne détruisirent cependant pas le droit qu'ils trouvèrent établi. C'est un fait intéressant dans l'histoire de ce temps, que le système

depuis 1833, à Leipzig, une nouvelle édition des *Basiliques*, qui renfermera tout ce que nous en possédons, savoir 29 livres en entier, 10 dans un état plus ou moins complet et des fragments de 17 autres livres.

[77] Il en est de même des *scolies* et *gloses* ajoutées aux Basiliques, ainsi que d'un abrégé connu sous le nom de *Synopsis*, seu ἐκλογὴ Βασιλικῶν, publiée par Löwenklau (Leunclavius), Bâle, 1475, et Labbé, Paris, 1606.

[78] Éditions par Th. A. Adamæus, Paris 1540. - Par G. O. Reitz, 1780, dans le *Thesaurus de Meerman*.

[79] Cet exposé n'est qu'une rapide analyse de l'*Histoire du droit romain au moyen âge*, par M. de Savigny, 6 tomes, Heidelberg, 1815-1831. Nous avons également mis à profit l'*Histoire du droit romain*, par M. Berriat de Saint-Prix, Paris, 1821, et le Ve appendice aux *Institutes* de MM. Blondeau et Bonjean, Paris, 1838.

[80] Ainsi les *rectores* des provinces furent remplacés par les comtes germains; mais l'or-

du *droit personnel*, en vertu duquel, dans le même pays, dans la même ville, les Romains vivaient d'après le droit romain ; les Bourguignons, d'après leurs coutumes ; et les étrangers, d'après les lois de leurs nations respectives [81]. C'est peut-être de cet usage germanique que dérive la disposition du droit anglais qui permet à l'étranger poursuivi criminellement d'exiger que le jury qui doit le juger soit composé par moitié d'individus appartenant à la même nation que lui [82].

Cependant un essai fut fait de fondre les différents droits nationaux en une seule législation commune. Théodoric Ier, roi des Ostrogoths, publia en 500 un code qui devait être obligatoire pour tous les sujets de l'empire sans distinction, *edictum Theodorici* [83]. L'édit de Théodoric est presque exclusivement basé sur le droit romain. Il se compose de 154 chapitres très-courts, dont les dispositions sont en grande partie puisées dans les sentences de Paul, dans les codes de Grégorien, d'Hermogénien et de Théodose, ainsi que dans les novelles post-théodosiennes. Mais ces sources ont été changées et modifiées de manière qu'il est difficile d'en reconnaître l'origine. L'édit de Théodoric n'eut qu'une existence éphémère ; il dut céder devant la législation de Justinien, après que Narsès eut reconquis l'Italie (553) [84].

Dans les autres royaumes barbares, on fit vers la même époque des recueils séparés des coutumes germaniques, *leges Barbarorum*, et des dispositions du droit en vigueur pour les Romains, *leges Romanæ*.

La plus importante des *leges Romanæ* est celle qui fut faite pour le royaume des Visigoths, *lex Romana Visigothorum*, communément appelée *Breviarium Alaricianum* [85]. Elle fut composée sur les ordres d'Alaric II, roi des Visigoths, par une commission de jurisconsultes sous la direction de Gojaric, comte du palais, lequel la publia comme loi après qu'elle eut été approuvée en 506 par une assemblée d'évêques et de notables laïques, tenue à Aire en Gascogne. Il en fut envoyé à chaque comte du royaume une expédition officielle, contre-signée et certifiée par Anianus, référendaire du roi [86]. Les expéditions étaient accompagnées d'un rescrit, *commo-*

ganisation municipale fut généralement maintenue. *Voy.* les détails et les preuves dans M. de Savigny, t. I, chap. V.

[81] M. de Savigny, t. I, chap. III.

[82] Blackstone, book III, chap. 23.

[83] *Edictum Theod. Prolog.* « Ut salva juris publici reverentia et legibus omnibus cunctorum devotione servandis, quæ *Barbari Romanique* sequi debeant super expressis articulis, edictis præsentibus evidenter cognoscant. » *Epilog.* « Quæ omnium *Barbarorum sive Romanorum* debet servare devotio. » — Cassiodore, *Var.*, III, 13. « Nec permittimus indiscreto (lege *in discreto*) jure vivere, quos *uno voto volumus vindicare.* » VII, 3. « Comitem..., qui secundum edicta nostra *inter duos Gothos* litem debeat amputare. » VIII, 3. « Delectamur jure romano (lege *Romanorum*) vivere, quos armis cupimus vindicare. »

[84] *Voy.* ci-après note 92.

[85] Ce nom n'est pas ancien ; il date du XVIe siècle.

[86] C'est pourquoi ce code est souvent appelé *Breviarium Aniani*, quoiqu'il soit bien certain qu'Anianus n'en est pas l'auteur.

nitorium, qui exposait l'origine du recueil et en prescrivait l'usage exclusif sous les peines les plus sévères. La loi romaine des Visigoths contient les deux catégories de sources que nous avons distinguées ci-dessus (§ 81, obs. 1). 1° *Leges*, c'est-à-dire les constitutions impériales du code Théodosien et les novelles de cet empereur et de ses successeurs; 2° *Jus*, c'est-à-dire les écrits des jurisconsultes. Dans cette dernière partie se trouvent les Institutes de Gaius, les sentences de Paul, les codes de Grégorien et d'Hermogénien, et un fragment de Papinien. Les rédacteurs du *Breviarium* ont voulu abréger et expliquer les textes, mais sans y rien changer. Les explications sont renfermées dans une *interpretatio* qui suit le texte [87]; quant aux Institutes de Gaius, elles sont refondues en entier, et les changements nécessaires ont été insérés dans le texte même, ce qui rendait tout commentaire superflu pour cette partie de la collection [88]. — Le code d'Alaric fut en vigueur en Espagne jusque vers le milieu du septième siècle, époque à laquelle les rois visigoths Chindeswinde et Reciswinde firent rédiger le code des lois visigothes. En France, le *Breviarium* fut suivi sous les rois de la première race, dans les provinces conquises sur les Visigoths.

Quelque temps après le *Breviarium* (entre 517 et 536), Gondebaud, roi des Bourguignons (ou Sigismond, son fils), fit également faire un recueil de droit romain à l'usage de ses sujets, *lex Romana Burgundionum*, communément appelé *Papiani responsum* ou le Papien [89]. Les rédacteurs de cette collection ont aussi puisé aux sources romaines, qu'ils ont cependant modifiées et fortement altérées. Elle se compose de quarante-sept

[87] Dans les manuscrits du *Breviarium* on trouve souvent encore : *a*) une *interprètation* nouvelle ajoutée ou substituée à l'ancien commentaire; *b*) une *glose interlinéaire*; *c*) *summæ legum*, c'est-à-dire un commentaire abrégé; enfin *d*) la *lex Romana Utinensis* ou *codex Utinensis*, une sorte de traduction en langue barbare du *Breviarium* à l'usage des Lombards. *Voy*. ci-après, note 90.

[88] *Voy*. § 6, n° 1. — La seule édition séparée et complète du *Breviarium* est celle de Sichard : *Codicis Theodosiani libri XVI, quibus sunt ipsorum principum auctoritate adjectæ novellæ*. Bâle, 1528.

[89] Voici comment M. de Savigny, t. II, p. 9 et suiv., explique l'origine de cette bizarre dénomination : « Tous les manuscrits complets du *Breviarium* se terminent par un petit fragment du *Papiniani lib. I responsorum*. Or les manuscrits du *Breviarium* portent toujours *Papianus* au lieu de *Papinianus* à cet endroit même, ainsi qu'à d'autres passages. Cujas, trouvant un manuscrit complet du *Breviarium*, à la suite duquel venait la loi romaine des Bourguignons, sans interruption et sans nouveau titre, prit cette dernière pour le supplément du *Papiniani lib. I responsarum*, dont le texte ne se compose en réalité que de quelques lignes. Le nom de *Papianus*, qu'il lisait dans le manuscrit, lui parut être celui d'un jurisconsulte inconnu, auteur de tout le recueil. Ainsi le passage de Papinien forme le premier titre de l'édition qui se trouve à la suite du code Théodosien, Lyon, 1566. Depuis, Cujas reconnut son erreur, mais le livre conserva le nom de *Papiani liber reponsorum* ou *Papiani responsum*. — La première édition de la *lex Romana Burgundionum* est de Cujas, 1566. Elle se trouve également dans les recueils de Schulting et dans le *Jus civile antejustinianeum*, de Berlin. L'édition la plus complète en a été publiée par M. Barkow, Greifswald, 1826.

titres rangés dans un ordre conforme à celui qui est observé dans la loi barbare des Bourguignons. Après la chute du royaume des Bourguignons (536), elle tomba peu à peu en désuétude, et fut de fait remplacée par le *Breviarium Alaricianum*.

Chez les Francs et les Lombards on ne trouve pas de recueils de droit romain; cependant en Lombardie on fit un essai de mettre en usage la loi romaine des Visigoths [90].

Ce fut, en général, ce dernier recueil qui domina dans les pays où le droit romain resta en vigueur. Cependant la législation de Justinien se maintint également dans les parties de l'Italie pour lesquelles elle avait été rendue obligatoire en 554 [91]. Nous trouvons à cette époque quelques travaux scientifiques qui se rapportent à la collection de Justinien, notamment des *scolies* sur l'abrégé de Julien et des *gloses* sur les Institutes, qui ont été découvertes à la bibliothèque de Turin [92]. Plus tard encore, et même hors de l'Italie, le corps de droit de Justinien fut étudié et appliqué. Vers le milieu du onzième siècle, on fit dans le territoire de Valence en Dauphiné un extrait du droit romain en quatre livres (des personnes, des contrats, des délits, de la procédure), qui est appelé PETRI *Exceptiones legum romanarum*, et dans lequel les Institutes, le Digeste, le Code et les Novelles sont cités [93]. Un autre ouvrage, qui contient une exposition systématique du droit romain d'après les Institutes de Justinien, est connu sous le nom de *Brachylogus* [94].

[90] C'est la *lex Romana Utinensis* ou *codex Utinensis*. *Voy.* ci-dessus, note 87, *d*.

[91] Par la constitution connue sous le nom de *Pragmatica sanctio* PRO PETITIONE VIGILII. *Voy.* ci-dessus, § 83, note 63. — Un testament de l'an 552, dont l'original est conservé, porte la date du règne de l'empereur, comme Justinien l'avait prescrit en 527 par la *Nov.* 47, c. 1, tandis que les testaments d'une date antérieure ne contiennent pas cette mention. M. DE SAVIGNY a recueilli plusieurs faits qui établissent à toute évidence que le droit romain était constamment appliqué en Italie. Ainsi Charlemagne punit les Romains rebelles « secundum legem Romanam, ut majestatis rei capitis damnati sunt. » Le pape Léon IV prie l'empereur Lothaire de vouloir maintenir le droit romain, « sicuti hactenus romana lex viguit. » En 855 l'empereur tient à Rome une cour de justice et juge suivant la loi romaine, etc. *Voy.* t. II, p. 187 et suiv., et la première table des sources.

[92] M. DE SAVIGNY a donné ces gloses (*glossa Taurinensis*) dans l'appendice du tome II de son ouvrage. Depuis, elles ont été publiées de nouveau par M. le comte F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, t. 1, App., Turin, 1840. — Outre les deux ouvrages cités dans le texte, il y en a encore deux autres peu importants : *Dictatum de consiliariis* et *Collectio de tutoribus*. M. DE SAVIGNY, t. II, p. 187-191.

[93] M. DE SAVIGNY, t. II, p. 230-255. La première édition de PETRI *exceptiones* (i. q. *excerptiones*) a paru, en 1500, à Strasbourg. M. de Savigny en a publié une nouvelle dans l'appendice du tome II de son ouvrage.

[94] La première édition de ce recueil, ayant pour titre : *Corpus legum per modum institutionum*, fait suite aux *Institutiones*. Lyon, chez les frères Senneton, 1549. Le nom de *Brachylogus* parait pour la première fois sur le titre d'une édition de Lyon, 1553. Une nouvelle édition a été publiée par M. BÖCKING, Berlin, 1829.

§ 86. *Les glossateurs.* — *Les Bartolistes.*

Le droit romain était donc pratiqué et étudié en Europe; l'autorité du clergé, qui pendant longtemps l'affectionna de préférence aux lois barbares, lui fit même partiellement trouver accès dans des pays qui n'avaient jamais été soumis à la domination romaine [95]. Mais dans cette époque de confusion, nous ne trouvons presque pas de traces de l'influence qu'il aurait exercée. Tout à coup au douzième siècle il se réveille de cette langueur. Une brillante école de jurisconsultes se forme en Italie, et son ascendant intellectuel finit par soumettre la plus grande partie de l'Europe à la domination de la législation romaine. Cet éclat, dont le droit romain brille à cette époque, doit être attribué au développement rapide des républiques d'Italie. Pendant des siècles, ce malheureux pays avait dû subir les conséquences funestes des invasions étrangères. Vers la fin du dixième siècle, il se releva; le commerce fit des progrès étonnants, et bientôt nous trouvons en Italie une prospérité dont l'histoire présente peu d'exemples. Ce développement matériel dut nécessairement provoquer le développement de la science qui se lie intimement aux opérations journalières de la vie sociale [96].

Vers 1100, Irnerius de Bologne, professeur de grammaire dans cette ville, commença à enseigner le droit romain. Il attira par l'éclat de ses leçons de nombreux élèves, et donna naissance à l'école des glossateurs. Ce nom leur vient de la méthode qu'ils suivaient dans leurs travaux exégétiques. Ils avaient l'habitude d'ajouter au texte du *Corpus juris* des explications qui se rapportaient soit à un mot, soit à une phrase entière. Ces notes, *glossæ*, étaient ou intercalées dans le texte, *glossæ interlineares*, ou écrites en marge du livre, *glossæ marginales*.

A l'exemple de Bologne, d'autres écoles ou universités se formèrent

[95] M. de Savigny, t. II, p. 262 et suiv.

[96] Autrefois, on croyait assez généralement que le droit romain avait entièrement disparu pendant la première partie du moyen âge, et qu'il avait dû sa rénovation à une ordonnance de l'empereur Lothaire II. On fondait surtout cette opinion sur une légende qui se rapporte au célèbre manuscrit des Pandectes, connu sous le nom de *Pandectes Florentines*. Ce manuscrit aurait été pris dans la ville d'Amalfi par Lothaire II, lequel en aurait fait présent aux Pisans, ses alliés, pour les récompenser des services qu'ils lui avaient rendus. Pour donner plus de valeur à son cadeau, l'empereur aurait en même temps accordé force obligatoire au droit romain. Ce récit est évidemment une fable inventée peut-être deux siècles après l'événement auquel elle se rattache. M. de Savigny, t. III, p. 92 et suiv. — Cependant le manuscrit se trouvait à Pise du temps des glossateurs, qui en citent les leçons sous le nom de *littera Pisana*. Par suite de la conquête de Pise au commencement du quinzième siècle, il vint à Florence, où il est conservé encore aujourd'hui avec un soin religieux. C'est le plus célèbre manuscrit des Pandectes, et il surpasse tous les autres par la correction du texte. — *Voy.* ci-après, note 9, et en général M. de Savigny, tome III, p. 445 et suiv. - M. Berriat de Saint-Prix, p. 232 et suiv.

bientôt tant en Italie que dans les autres pays de l'Europe. Ces institutions étaient libres et ne devaient en général leur origine à l'intervention d'aucun pouvoir. Partout où un professeur parvenait à réunir un certain nombre d'élèves, ceux-ci se constituaient en corporation, *universitas*, qui se régissait d'après ses propres statuts. Du moins nous trouvons cette organisation démocratique à Bologne et dans les universités qui s'établirent par la suite en Italie, en Espagne et en France. A Paris, au contraire, l'*universitas* se composait du corps professoral, et cette organisation prévalut en Angleterre et en Allemagne [97].

La réputation qu'Irnerius avait donnée à l'école de Bologne ne fit que s'accroître sous ses successeurs. Parmi eux brillent au premier rang Bulgarus, Martinus Gosia, Jacobus de Porta Ravennate, Hugo de Alberico, connus sous le nom des *quatre docteurs* [98]. Depuis le commencement du treizième siècle, on remarque dans la science du droit une décadence sensible; les jurisconsultes ne créent plus, ils se bornent à réunir et à arranger les travaux de leurs prédécesseurs [99]. Accursius (1260) analysa les ouvrages des plus célèbres glossateurs, et fit, au moyen de cette compilation et de ses propres annotations, un commentaire complet, appelé la *grande glose* (*glossa ordinaria, glossa Accursiana*). Ce travail manque de critique, et nous y trouvons beaucoup d'inexactitudes et d'altérations, ce qui n'a pas empêché Accurse d'acquérir une réputation immense [100]. La

[97] Originairement, le mot *universitas* signifie donc tout simplement la corporation formée par les étudiants ou les professeurs, selon la constitution de l'école. Les écoles considérées comme établissements d'instruction s'appellent *studia;* et pour désigner une institution d'enseignement supérieur, on se sert particulièrement du mot *studium generale*, c'est-à-dire école dont l'autorité est reconnue partout. M. de Savigny, tome III, p. 412 et suiv.

[98] On attribue à Irnerius un distique, dans lequel les quatre docteurs sont appréciés de la manière suivante :

Bulgarus os aureum, *Martinus* copia legum,
Mens legum est *Hugo*, *Jacobus* id quod ego.

[99] Nous transcrivons ici, d'après M. de Savigny, les noms des principaux glossateurs, en ajoutant à leurs noms les chiffres par lesquels ils sont ordinairement désignés dans les ouvrages de leur époque, et particulièrement dans la glose d'Accurse : Irnerius (G. J. Y.). Bulgarus (B.), † 1166. Martinus Gosia (M. Ma. M. G.), † 1165. Hugo de Alberico (U. Ug. Ugo), † entre 1168 et 1171. Jacobus de Porta Ravennate (Ja. Jac.), † 1178. Burgundio (Bg), † 1192. Rogerius (R. Rog.), † 1192. Albericus (A. Al. Alb.), † 1194. Wilhelmus de Cabriano (W.). Placentinus (P.), † 1192. Henricus de Baila (Yr.). Jo. Bassianus (Jo. Jo. B. Job.). Pillius (Pi. Py.), † 1208. Cyprianus (Cy.). Lotharius (Lot.). Azo, † 1230. Hugolinus de Presbytero (H.). Jacobus Balduini (Ja.), † 1235. Tancredus, Roffredus, † 1243. Accursius (Ac. Accu.), † vers 1260, et ses fils, Odofredus, † 1265. Vacarius, originaire de la Lombardie et élève de Bologne, enseigna le droit romain à Oxford, et fit un extrait du Digeste et du Code en neuf livres, sous le titre : *Liber ex universo enucleato jure excerptus et pauperibus præsertim destinatus.*

[100] On accuse ordinairement Cervottus, fils d'Accurse et professeur à Padoue, d'avoir ajouté des notes fort stupides aux gloses de son père, et le mot *glossæ Cervinæ* ou *Cervottinæ* a même passé en proverbe pour désigner une sotte observation. Mais d'après le jugement de M. de Savigny, les reproches adressés au fils ne sont pas plus mérités que l'admiration qu'on a vouée au père.

glose obtint une autorité absolue; les praticiens la plaçaient au-dessus de la loi même, et ce fut elle surtout qui assura au droit romain sa domination dans la plupart des pays de l'Europe [1].

On est bien revenu depuis de cette admiration pour les glossateurs. On leur a reproché leur ignorance en histoire, l'absurdité et le mauvais goût de leurs explications et de leurs exemples, la barbarie de leur style [2]. Cependant ces reproches sont au moins exagérés. D'abord, il est injuste de juger les chefs de l'école d'après le texte de la grande glose; il ne faut pas perdre de vue que celle-ci ne nous a pas conservé intactes les explications des premiers glossateurs, et quand on compare le travail d'Accurse avec les ouvrages originaux de Bulgarus et de Placentin, on est amené à croire que la plupart des absurdités que l'on rencontre dans la glose datent de la dernière époque de l'école. On ne peut, à la vérité, nier l'ignorance des glossateurs en histoire; mais ce serait exiger l'impossible que de demander des connaissances historiques à une époque où, depuis des siècles, toute science avait été entièrement abandonnée. Loin de constituer un chef d'accusation contre eux, cette absence de notions historiques est un titre de plus à notre admiration pour les travaux des glossateurs. Il n'y a peut-être pas d'exagération à prétendre que l'interprétation du droit romain a fait autant de progrès dans le premier siècle des glossateurs que dans les cinq siècles suivants; et tel qui répète complaisamment les reproches que nous avons signalés, ne se doute souvent pas que la plupart des opinions qu'il adopte et professe sont puisées dans l'exégèse des glossateurs. En effet, quand on fait abstraction des défauts accessoires qui appartiennent, du reste, à un plus haut degré, à tous les travaux scientifiques de l'époque, il est impossible de n'être point frappé de la pénétration extraordinaire avec laquelle les glossateurs saisissent l'esprit des dispositions légales, et de la sagacité étonnante avec laquelle ils savent les combiner et les expliquer les unes par les autres sans perdre de vue le véritable point de la question qu'ils traitent. Un autre mérite dont nous devons leur tenir compte est le soin qu'ils ont donné à la critique du texte du *Corpus juris* [3].

[1] *Quod non adgnoscit glossa, id nec adgnoscit curia.* Aussi dans les pays où le droit romain est encore en vigueur, les passages du *Corpus juris* qui ne sont pas glosés ne sont pas considérés comme ayant force de loi.

[2] On trouve de nombreux passages à l'appui de ces reproches dans l'*Histoire du droit romain* de M. Berriat de Saint-Prix, pages 288 et suiv. Voici encore quelques échantillons. Le nom de la loi Furia Caninia pourrait venir de *canis*, parce que l'homme qui ne peut affranchir ses esclaves par testament ressemble à un chien qui ne veut laisser approcher personne de sa botte de foin, quoique lui-même ne puisse en tirer aucun avantage ; *sic nec sibi (homo) poterat tenere servos, quia moriebatur*. Gl. ad Tit. I., *de lege Furia Caninia tollenda* I, 7. - Justinien était contemporain de Jésus-Christ. Gl. ad *Nov. 47*, c. 1. - Le mot *calata comitia* vient du grec κάλος et signifie *boni conventus; argumentum est quasi argute inventum*. Gl. ad § 1, I., *de test. ordinandis*.

[3] L'expression *Corpus juris civilis* date également du temps des glossateurs, bien qu'elle

Ils connaissaient le *Digeste,* le *Code*, les *Institutes*, l'ancienne version latine des Novelles, appelée *Authenticum*, en opposition à l'abrégé de Julien, *Novella.* Le Digeste était divisé en trois parties, *Digestum vetus* (livres I-XXIV,2), *Infortiatum* (livres XXIV,3-XXXVIII), et *Digestum novum* (livres XXXIX-L). Il parait que, dans le principe, on ne possédait que la première et la troisième partie, et que cette dernière commençait au milieu du livre XXXV,2. Par la suite on découvrit la seconde partie, et l'on y joignit la fin du livre XXXV ainsi que les livres XXXVI-XXXVIII, afin d'avoir une division plus rationnelle. C'est probablement à cette addition que la seconde partie doit son nom d'*Infortiatum* [4]. Quant au Code, Irnerius n'en avait d'abord que les neuf premiers livres ; ce ne fut que plus tard qu'il eut connaissance des trois autres. La version latine des Novelles, *Authenticum*, servit de base aux glossateurs; l'abrégé de Julien, que l'on avait également utilisé, tomba bientôt en oubli. De la collection de l'*Authenticum* on retranchait les novelles qui ne présentaient aucun intérêt pratique; de sorte qu'il n'en restait que 97, que l'on divisait en 9 *collationes*, probablement par analogie du Code [5]. On en faisait des extraits qu'on intercalait dans le Code aux endroits où se trouvaient des constitutions modifiées ou abolies par les novelles. On appelle ces extraits *Authenticæ* [6]. Le Corps du droit des glossateurs se divisait ainsi en cinq parties, dont les trois premières embrassaient le Digeste ; la quatrième contenait les neuf premiers livres du Code; la cinquième se composait du reste, savoir des trois derniers livres du Code, des neuf collations des Novelles auxquelles on ajoutait, sous le nom d'*extraordinariæ* ou *extravagantes*, les autres novelles comme dixième *collatio*, des Institutes et de quelques ordonnances et dispositions étrangères au droit de Justinien [7]. Cette cinquième partie était appelée *Volumen*, c'est-à-dire livre sans déno-

ne se rencontre comme terme technique, pour désigner la collection qu'on appelle ainsi aujourd'hui, que dans l'édition de Denis Godefroi (Dionysius Gothofredus), Lyon, 1583. L'épithète *civilis* s'employait pour distinguer le droit romain du droit canon ou ecclésiastique. Gratiani, *Decretum*, Pars I, distinctio 3, *init.*

[4] De *infortiare,* renforcer. *Voy.* au reste, sur toute cette matière, M. de Savigny, t. III, pages 422 et suiv. — La partie qui fut plus tard ajoutée à l'*Infortiatum* est ordinairement appelée *Tres partes*, des premiers mots du passage par lequel elle commence et qui se trouvent vers la fin du Fr. 82, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2 « ... Sic fiet, ut eculum quæ præstari possunt, in quatuor partes dividantur : tres partes ferant legatarii ; heres vigintiquinque habeat, etc. »

[5] Ce qui semble confirmer cette hypothèse, c'est que nous trouvons que, pendant une certaine époque, les autres novelles (*extraordinariæ* ou *extravagantes*) étaient divisées en trois *collationes*, de sorte qu'il y avait autant de *collationes* de Novelles que de livres du Code. M. de Savigny, t. III.

[6] Les *Authenticæ* ne sont originairement que des *loci paralleli* ajoutés au Code, et qui plus tard ont passé dans le texte. Il y en a parmi elles treize qui sont tirées d'ordonnances de Frédéric Ier et de Frédéric II, empereurs d'Allemagne.

[7] Savoir, les règles du droit féodal des Lombards (*Feudorum libri II*) et plusieurs constitutions des empereurs d'Allemagne.

mination spéciale, aussi *volumen parvum*.—Le texte de l'école de Bologne fut par la suite adopté dans les autres écoles et reçut le nom de *Vulgata* [8].

Au treizième siècle, l'étude du droit romain est en pleine décadence [9]. Vers cette époque s'élève une école nouvelle qui renverse celle des glossateurs. C'est elle qui représente le barbarisme en jurisprudence. Elle y introduisit la dialectique scolastique, et créa cette foule de distinctions, divisions, subdivisions, ampliations et limitations, dont la science n'a pas encore su se débarrasser entièrement. On nomme ordinairement comme fondateur de cette école BARTOLUS DE SASSOFERRATO, jurisconsulte d'ailleurs fort distingué, qui vécut dans la première moitié du quatorzième siècle († 1357); mais l'influence de la scolastique s'était déjà fait sentir longtemps avant lui [10]. Toutefois, il ne peut échapper au reproche d'avoir donné dans cette funeste tendance, et de l'avoir puissamment favorisée par son exemple et son autorité. Cette autorité était si grande, qu'en Espagne et en Portugal on attribua force de loi à ses opinions, et qu'à l'université de Padoue on érigea une chaire particulière sous le nom de *lectura textus, glossæ et Bartoli*. Avec Bartole et après lui florissait BALDUS DE UBALDIS, † 1359, qui avait suivi les leçons de Bartole et que l'on représente ordinairement à tort comme rival de son maître [11].

[8] On oppose ordinairement à cette *lectio vulgata* le texte du manuscrit de Florence, que les glossateurs distinguaient déjà sous le nom de *littera Pisana*. Le texte d'une édition publiée par HOFFMANN (HALOANDER) a encore obtenu une assez grande autorité pour être placé à côté des deux précédents; et l'on distingue souvent les éditions du *Corpus juris* en *Vulgatæ, Florentinæ* et *Haloandrinæ* ou *Noricæ*. Le dernier nom vient de la ville de Nuremberg, où l'édition de Haloander fut publiée de 1529 à 1531. BERRIAT DE SAINT-PRIX, p. 249. M. GIRAUD, *Éléments de droit romain*, p. 421. — Nous saisissons cette occasion pour faire connaître le mode de citation du *Corpus juris*, usité dans les éditions glosées. On a l'habitude de commencer par l'indication du livre dont la citation est tirée (I. D. ou C.); puis vient l'inscription du titre, suivi des mots qui commencent le texte cité, qui est appelé *Lex*, ou la subdivision du texte. Ainsi: *Inst. de nuptiis*, § *ergo* est, d'après notre manière de citer, le § 1, I., *de nuptiis* 1, 10. - *Dig. de usufructu. L. si cujus* § *cum igitur* serait, d'après nous, Fr. 13, § 1, D., *de usufructu* 7, 1. - *Cod. communia de fideicommissis L. si duobus* § *sin autem* est L. 3, § 3, C., *communia de fideicommissis* 6, 43. Les Novelles (*Authent.*) sont citées d'après leur inscription, avec indication de la *collatio* et quelquefois du titre de la *collatio*. Ainsi : *Auth. de heredibus ab intestato* § *si quis, collat.* IX (*tit. I*) veut dire le chapitre I (qui commence par les mots *si quis*) de la *Nov.* 118, qui porte le titre *de heredibus ab intestato* et se trouve être la 1re de la 9me *collatio*, ou, d'après notre mode, *Nov.* 118, c. 1. On emploie encore fréquemment les abréviations S., I., E. ou EO., pour indiquer que la citation se trouve dans un titre antérieur (S., *supra*), dans un titre postérieur (I., *infra*), ou bien, soit dans le même titre, soit dans un titre homonyme d'une autre partie du Corps de droit (E. EO., *eodem*). Lorsque les signes S. et I. sont suivis du mot *ibi*, ils se rapportent à une partie précédente du même §.

[9] Avant Bartolus nous remarquons encore les noms suivants : Odofredus, † 1265. Dinus Mugellanus. Jacobus de Belvisio, maître de Bartole. Cinus, † 1336. Albericus de Roseiate, et en France Pierre de Belleperche (Petrus de Bella Pertica), † 1308 et Jo. Faber.

[10] M. DE SAVIGNY, t. V, p. 529.

[11] D'autres jurisconsultes de la même école : Bartholomæus de Salicelo, † 1402. Raphael Fulgosius, † 1427. Paulus de Castro, † 1441. Alexander Tartagnus, † 1477. Bartholomæus Cæpolla, † 1477. Jason de Mayno, † 1519.

§ 87. *Rénovation du droit romain au seizième siècle.*

Cependant, la jurisprudence ne put échapper à l'action que les autres sciences, qui depuis quelque temps avaient commencé à refleurir avec tant d'éclat, devaient nécessairement exercer sur elle. Ange Politien, † 1494, imprima une nouvelle direction à l'étude du droit, en la mettant en rapport avec celle de l'histoire et en y appliquant surtout une critique sévère [12]. Alciat, † 1550, poursuivit l'œuvre commencée par Politien et fut nommé le fondateur de la jurisprudence élégante. Ce ne fut pas sans rencontrer une vive résistance que cette nouvelle tendance prévalut. « Les partisans de l'ancienne école soutenaient que les novateurs ne critiquaient les œuvres des Accursiens et des Bartolistes que parce qu'ils étaient hors d'état de les comprendre; et en affectant de regarder leurs excursions littéraires comme un badinage puéril, ils leur infligèrent le nom de *grammairiens*, *humanistes*, *nominalistes*, tandis qu'ils s'attribuèrent à eux-mêmes celui de *réalistes*, comme si leurs discussions seules eussent un objet réel » [13]. Malgré ces attaques, l'école élégante l'emporta en Italie [14].

Bientôt la France se plaça à la tête du mouvement. Le droit romain y avait toujours été cultivé malgré les défenses papales [15]; Paris était devenu le modèle des universités du Nord, comme Bologne l'avait été pour Paris; des glossateurs célèbres avaient enseigné en France [16]; des traductions françaises des livres du droit romain avaient été faites au treizième siècle [17], et nous avons un livre de Pierre Defontaines, sous Louis IX,

[12] M. de Savigny, t. VI, p. 375 et suiv.

[13] M. Berriat de Saint-Prix, p. 315.

[14] Nous nous bornons à citer les noms suivants : Æmilius Ferrettus, † 1552. Barth. Socinus et son neveu Marianus Socinus, † 1556, Lælius et Franciscus Taurelli, Scipion et Albericus Gentilis, † 1616, Julius Pacius, † 1635.

[15] Une décrétale du pape Honorius III (1220) avait défendu l'enseignement du droit romain à Paris et dans le pays voisin, « quia in Francia et nonnullis provinciis laici romanorum imperatorum legibus non utuntur. » Cette singulière défense ne fut pleinement levée qu'en 1679. Cependant le parlement, en 1568, permit provisoirement d'enseigner le droit romain, et autorisa même en 1576 Cujas à donner des degrés académiques. M. Berriat de Saint-Prix, p. 598.

[16] Particulièrement Placentin, à Montpellier. Au quatorzième siècle les jurisconsultes français (*ultramontani*) exerçaient même une certaine influence dans les écoles italiennes, et favorisaient surtout la tendance scolastique. M. de Savigny, t. VI, p. 23 et suiv.

[17] Les Petri *Exceptiones*, qui remontent au moins au onzième siècle (ci-dessus, § 85, note 94), appartiennent au midi de la France. Un abrégé de la procédure romaine, vulgairement nommé Ulpianus *de edendo*, par la raison que le commencement du livre est tiré d'un texte d'Ulpien, doit avoir été composé au douzième ou au treizième siècle. En outre nous avons une traduction française du *Digestum vetus* faite au treizième siècle, sous le titre : *le vieux Digeste en 24 livres*, et un abrégé du code en langue provençale de la même époque. Cujas, *Observat.*, XI, 11. XVI, 24. - M. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, t. I, p. 143.

dans lequel l'auteur cherche à appliquer aux coutumes françaises des dispositions du Digeste et du Code [18]. Toutefois la France n'avait pas encore produit de jurisconsulte d'un mérite éminent. Vers le milieu du seizième siècle elle suivit avec une grande ardeur l'impulsion qu'Alciat, Ferretti et d'autres Italiens avaient communiquée à quelques écoles du Midi, et bientôt elle éclipsa tout ce qui avait été fait jusqu'alors. Ce furent deux hommes surtout qui assurèrent à la France ce rang élevé. Jacques Cujas (Cujacius), † 1590, le fondateur de la nouvelle méthode exégétique et historique [19], et Hugues Doneau (Donellus), † 1591, le premier qui traita dogmatiquement le droit romain d'une manière supérieure [20]. A côté d'eux, d'autres se sont rendus célèbres tant par l'interprétation que par les soins qu'ils ont donnés à la recherche et à la publication des sources du droit romain [21].

Après les Français, ce furent les Belges qui se distinguèrent le plus dans l'étude de notre droit. Ils citent avec orgueil des noms devenus européens [22]. L'Espagne aussi produisit quelques jurisconsultes distingués [23]. L'Allemagne s'était d'abord noblement associée aux travaux de l'école élégante [24], mais bientôt la tendance pratique prévalut; les réalistes supplantèrent les nominalistes.

[18] Ce livre, intitulé : *Le conseil que Pierre Defontaines donna à son ami*, se trouve dans *Joinville, histoire de saint Louis*, éd. Ducange. Paris, 1665, P. 3, p. 73-160. - M. Marnier en a publié une nouvelle édition, Paris, 1846.

[19] *Voy.* l'*Histoire de Cujas* qui forme l'appendice de l'*Histoire du droit romain* de M. Berriat de Saint-Prix, pages 373-611.

[20] Doneau qui, à Bourges, avait été le rival de Cujas, se vit obligé de quitter la France pour cause de religion. Il enseigna successivement à Heidelberg, Leyde et Altorf, et mourut dans cette dernière ville, en 1591. Aussi sa réputation a été plus grande en Allemagne qu'en France.

[21] Avant Cujas ; Budée, † 1540, Amaury Bouchard, Eg. Baron, † 1550, de Connan, † 1550, Coras, † 1572, Duarein, † 1559, Aymar de Ranconnet, Dumoulin (Molinæus), † 1566, du Tillet (Tilius), † 1570, Le Mire (Miræus), Baudouin (Balduinus), † 1573, de Vintimille, du Ferrier, la maitre de Cujas, † 1585. Puis Ant. Lo Conte, † 1577, Fr. Hotman, † 1590, Le Caron (Charondas), Brisson, † 1591, Labitte, Duprat, Roussard, les frères Pithou (Petrus et Franc. Pithœi), Pierre du Faur (Faber), † 1600. Au dix-septième siècle, Maranus, † 1621, Baudoche (ab Area Bandoza), Antoine Favre (Faber) de Savoie, † 1624, de la Coste, † 1637, Denys Godefroi, † 1622, et son fils Jacques, † 1652, (Gothofredus), Merille, † 1647, Fabrot, † 1669, de Hauteserre (Altaserra), Menages, † 1692, enfin Domat, † 1695, qui, dans ses *Lois civiles*, essaya de créer un nouveau système de droit.

[22] Viglius de Zuichem ab Aytta, † 1577, Mudée, † 1560, Rævardus, † 1568, Agylæus, † 1595, Math. Weesenbeeck et Van Giffen (Giphanius), † 1604, qui enseignèrent en Allemagne, Joannes a Saude, Van Merlo (Paulus Merula), Sibrand Siecama, † 1621, Hugo Grotius, † 1645, Van Leeuwen, Vinnius, † 1657, Ulr. Huber, † 1694. Ces deux derniers appartiennent déjà à la tendance réaliste. Cette direction est prédominante dans Jo. Voet, † 1713.

[23] Covarruvias, † 1577, Antonius Augustinus, † 1585, Perez, † 1672, qui enseigna à Louvain, Fernandez de Retes, † 1678, Ramos del Manzano, † 1683.—Ant. Govea (Goveanus), † 1565, né en Portugal, reçut son éducation en France.

[24] Hoffmann (Greg. Haloander), † 1531, se rendit célèbre par son édition du *Corpus juris*.

Au dix-huitième siècle, cette direction devint dominante dans l'Europe entière. Ce n'est guère que dans les Pays-Bas que l'on trouve encore des partisans de la jurisprudence élégante, auxquels viennent se joindre quelques Italiens et Espagnols [25]. La France n'eut qu'un seul romaniste marquant, R. J. Pothier, † 1772. Parmi le grand nombre des jurisconsultes allemands, il n'y a guère que J. G. Heinecke (Heineccius), † 1741, qu'on puisse opposer aux illustrations des autres époques [26].

« Mais depuis la fin du dix-huitième siècle, un mouvement extraordinaire s'est manifesté en Allemagne. L'étude du droit romain y a été reprise avec une ferveur qui rappelle l'enthousiasme du seizième siècle; et, comme au seizième siècle aussi, de précieuses découvertes sont venues en aide aux hommes qui ont relevé l'étendard des hautes études juridiques. La République de Cicéron, les fragments de Symmaque, de Denys d'Halicarnasse, de Lydus, les fragments du Vatican, et, par-dessus tout, l'inestimable manuscrit des Institutes de Gaius, ont fourni aux investigations des contemporains une mine dont la richesse ne sera pas épuisée de longtemps [27]. »

Voy. ci-dessus, § 86, note 8. Ulr. Zase, † 1535, Sichard, Lowenklau, † 1593, Vultejus, † 1634, Bachov von Echt, † 1635, Rittershaussen, † 1613, Wissenbach, † 1665.

[25] Perizonius, † 1715, Noodt, † 1725, Schulting, † 1734, Brenkmann, † 1736, Westenberg, † 1737, Van Bynkershoek, † 1743, Wieling, † 1746, Reitz, † 1769, Voorda, † 1767, Meerman, † 1771.—En Italie : Merenda, † 1655, Galvanus, † 1659, Gravina, † 1718, et Averanius, dont les *Interpretationes juris* furent imprimées à Leyde, 1751. — Le célèbre Espagnol Majans, † 1781, aussi trouva plus de sympathie en Hollande que dans sa patrie. On peut citer à côté de lui son compatriote Finestres, † 1777.

[26] Parmi les autres jurisconsultes allemands de cette époque, nous pouvons encore nommer : Carpzov, † 1666, Brunnemann, † 1672, Lauterbach, † 1678, Thomasius, † 1728, les deux Bœhmer, † 1749, 1797, les deux Conradi, † 1748, 1785, de Leyser, † 1752, Sam. de Cocceji, † 1755, Bach, † 1758, Gebauer, † 1773, Ritter, † 1775, Höpfner, † 1797, etc.

[27] La phrase par laquelle nous terminons cet exposé est tirée du Ve appendice du tome Ier des *Institutes de l'empereur Justinien, suivies d'un choix de textes juridiques,* recueil publié par MM. Blondeau et Bonjean, Paris, 1838. Depuis la publication de cet ouvrage, que nous avons eu l'occasion de recommander ci-dessus, § 6, obs. 1, la mort a enlevé le vénérable Blondeau qui pendant sa longue carrière avait tant contribué à la rénovation des études du droit romain en France. — L'Allemagne a eu, depuis le commencement du siècle actuel, à regretter la perte d'un grand nombre de romanistes distingués, parmi lesquels nous avons à signaler avant tout Gustave Hugo, le père de la nouvelle école historique, ensuite Hufeland, A.-D. Weber, Haubold, Wenck, Glück, Zimmern, Hasse. Thibaut, Göschen, Unterholzner, Mühlenbruch, Puchta, etc.

LIVRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES.

TITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

NOTION ET DIVISION DES DROITS.

§ 88. *Notion.*

L'élément fondamental de tout *droit* est la volonté de l'homme se dirigeant vers un objet, lequel peut exister ou dans la personnalité de l'homme qui a le droit, ou en dehors de cette personnalité. La volonté de l'individu acquiert une efficacité extérieure dès qu'elle est reconnue par d'autres : ainsi dans la société elle aura force et valeur générales, lorsqu'elle sera reconnue par ceux qui constituent l'État. Dans les législations positives, l'idée du droit suppose donc nécessairement : 1° un sujet dont la volonté est l'élément fondamental du droit; 2° un objet auquel cette volonté se rapporte; et 3° elle exige que cette volonté soit reconnue et garantie par la loi [1].

On dit souvent qu'en outre tout droit suppose une obligation : **jus et obligatio sunt correlata* * [2]. Cet adage manque d'exactitude; suivant la terminologie de nos sources, il est même entièrement faux. Car, d'après le langage des Romains, on doit entendre par obligation un rapport entre deux personnes déterminées, en vertu duquel l'une d'elles est tenue à une presta-

[1] Nous employons ici le mot *loi* dans un sens très-étendu pour désigner l'ensemble des règles qui constituent le *droit* d'un peuple.

[2] Les mots ou les phrases marqués d'astérisques ne se trouvent pas dans les auteurs romains, et doivent leur origine aux interprètes modernes.

tion envers l'autre. Or, ce rapport ne résulte point nécessairement de tout droit. Ainsi le droit de propriété, qui m'assure le pouvoir absolu sur une chose, ne suppose point un rapport obligatoire entre moi et une autre personne quelconque; au contraire, ce droit existe abstraction faite de toute autre personne; et si même le genre humain, moi seul excepté, venait à disparaître, la chose en question n'en continuerait pas moins de m'appartenir [3]. A la vérité, si quelqu'un lèse ma propriété, me vole ma chose ou la détériore, il s'établira entre lui et moi une obligation par suite de laquelle il sera tenu de réparer le dommage qu'il m'aura fait; mais la cause de cette obligation, c'est la lésion dont il s'est rendu coupable, et non mon droit de propriété, lequel existait avant comme après la lésion. La propriété ne suppose donc point d'obligation corrélative. Il en est de même de plusieurs autres droits. Pareille corrélation n'existe que dans une classe particulière de droits que les Romains, par cette raison, appellent *obligationes*, et dont nous parlerons ultérieurement au § 91 et au livre troisième.

§ 89. *Droits du* jus gentium ; *droits du* jus civile [4].

Un droit, dans le sens légal, n'existe que pour autant que la loi le reconnaisse et le protége.

Sous ce rapport, il y a en droit romain une distinction importante entre les droits qui dérivent du *jus civile* et ceux qui ne sont fondés que sur le *jus gentium*. Les premiers seuls jouissent de la protection légale dans toute son étendue.

Nous avons fait observer (§ 33) que, dans le principe, les Romains ne reconnaissaient d'autres droits que ceux que consacrait leur loi nationale. Les étrangers étaient considérés comme étant sans droits; et les citoyens eux-mêmes ne pouvaient invoquer la garantie de la justice pour les droits qu'ils prétendaient leur appartenir que pour tout autant que ces droits fussent établis d'une manière conforme à leur *jus civile*. A la longue, ces idées

[3] Pour sauver le proverbe « *jus et obligatio sunt correlata* » on dit qu'à mon droit de propriété correspond le devoir de tous les autres hommes de ne point léser mon droit. Ce que nous venons de dire montre combien peu cet argument est solide, puisque le droit de propriété peut exister abstraction faite de tous les hommes, hors le propriétaire. Au reste, quand même on voudrait admettre ce *devoir négatif* comme un élément constitutif du droit de propriété, encore ne pourrait-on point lui donner le nom d'obligation. Sans parler du droit romain, il répugne au bon sens que le propriétaire d'un cheval, par exemple, puisse dire que tous les hommes sont obligés envers lui.

[4] Toute division rationnelle des droits doit évidemment se baser sur les éléments constitutifs de l'idée du droit. Nous distinguerons donc les droits 1° d'après le *sujet* auquel ils compètent, § 90; 2° d'après l'*objet* auquel ils se rapportent, § 91 ; 3° d'après l'efficacité de la *garantie* que la loi leur accorde, § 89. Nous serons obligé en outre de dire quelques mots sur d'autres divisions créées par l'école, § 92.

exclusives perdirent de leur rigueur; les étrangers jouirent également de la protection des lois, et l'on s'habitua peu à peu à tenir compte des idées que l'on trouvait reçues chez les autres nations, *jus gentium*, et que par cela même on considérait comme étant fondées en raison. L'influence de ces idées se fit même sentir dans le droit national, et cette tendance fut particulièrement favorisée par l'autorité des préteurs, par les travaux des jurisconsultes, et surtout par la législation impériale, qui cherchait à fondre les divers éléments dont l'empire était composé. Caracalla fit un grand pas dans cette voie en accordant le droit de cité à tous les sujets de l'empire, et en affaiblissant ainsi la rigidité du *jus civile* en même temps qu'il en étendait la domination (§ 54). Cette action réciproque fit perdre de plus en plus au *jus civile* son caractère exclusif et formaliste, et dans la même proportion, les institutions du *jus gentium* acquirent de l'efficacité. Aussi trouvons-nous que dans les derniers temps ce rapprochement a amené une fusion presque complète. Dans le droit de Justinien, la plupart des institutions du *jus gentium* ont reçu la sanction de la législation, et la grande distinction a par conséquent perdu beaucoup de son importance. Toutefois, elle subsiste encore plus ou moins dans certaines parties; c'est dans les droits d'obligations, dans les relations de famille et dans le droit héréditaire qu'elle se fait surtout remarquer. Nous aurons soin de donner les détails aux endroits convenables. Ici nous pouvons nous borner à dire que les droits consacrés par le *jus civile* jouissent de la protection légale dans toute son étendue, et que particulièrement celui à qui un pareil droit appartient peut en poursuivre la reconnaissance devant les tribunaux; tandis que les droits qui ne sont fondés que sur le *jus gentium*, quoique garantis par une protection plus ou moins efficace, ne donnent point lieu à l'intervention active de la justice, ni aux mesures coercitives dont elle dispose. (Voyez encore ci-après § 128.)

Observation. Dans nos sources nous trouvons une autre distinction en *jus naturæ* ou *naturale*, *jus gentium* et *jus civile* [5]. Par *jus naturæ* on entend les règles qui se rapportent à la vie animale et qui nous sont innées comme par instinct, par exemple, l'union du mâle et de la femelle, la procréation et l'éducation des enfants, le droit de se défendre contre une attaque [6]. Le *jus gentium*, d'après les passages qui établissent cette distinc-

[5] Ulpien, Fr. 1, § 3, D., *de justitia et jure* 1, 1. « ... Privatum jus tripartitum est : collectum etenim est ex *naturalibus præceptis* aut *gentium* aut *civilibus*. » - § 4, I., *eodem* 1, 1. — *Voy.* encore Aulu-Gelle, VII, 3 *in fine*. - *Fragm. de juris speciebus*, 1. - Fr. 31, D., *depositi* 16, 3. - Fr. 64, D., *de condict. indeb.* 12, 6. - Isidore, *Orig.*, V, 4.

[6] Ulpien, Fr. 1, § 3, D., *de justitia et jure* 1, 1. « Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjugatio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris perita censeri. » Ce pas-

tion, serait le droit qui est commun au genre humain et qui est une conséquence nécessaire de la vie humaine et des relations qui existent entre les hommes; mais il est plus exact de dire qu'on entendait par là une abstraction de ce qu'on trouvait exister chez tous les peuples connus, et que l'on croyait par cela même être fondé en raison (*naturalis ratio*) [7]. Dans cette acception, le *jus gentium* ne diffère guère de ce qu'on appelait autrefois droit naturel. — Nous nous sommes borné à distinguer entre *jus civile* et *jus gentium*, par la raison que ces lois d'instinct qu'on appelle *jus naturæ* sont tout à fait étrangères au droit proprement dit. Aussi nos jurisconsultes n'en tiennent-ils guère compte dans l'application, et se servent-ils fréquemment des mots *jus naturale, naturalis ratio*, pour désigner des institutions qui, d'après la division indiquée, appartiendraient au *jus gentium* [8]. — Au reste, la distinction que nous admettons, en *jus civile* et *jus gentium*, prédomine en général dans l'antiquité [9].

sage est reproduit au Pr. I., *de jure nat., gent. et civ.* 1, 2. — Fr. 1, § 27, D., *de vi et vi armata* 43, 16. « Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. » *Voy.* cependant note 8.

[7] § 1, I., *de jure nat., gent. et civ.* 1, 2. « — Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque *jus gentium*, quasi *quo jure omnes gentes utuntur.* » — § 2, I., *eod.* « ... Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt juri naturali contraria : jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascuntur. Ex hoc jure gentium et omnes pæne contractus introducti sunt, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles » — Cf. Fr. 1, pr. D. *de acquirendo rerum dominio* 41, 1. « ... Antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est... »

[8] Nous tirons les citations suivantes de M. F. A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechts*, Leipzig, 1837, t. II, p. 32. NATURALIS RATIO, GAIUS, I, 89, 189. II, 66, 69. - § 1, I., *de jure nat. et civ.* 1, 2. - Pr. I., *de nupt.* 1, 10. - § 35, 1, *de rer. div* 2, 1. - Fr. 4, pr. D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. - Fr. 3, pr. D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1. - Fr. 7, pr. D., *de bon. damnat.* 48, 20. — NATURA, Fr. 14, D., *de condict. indeb.* 12, 6. - Fr. 84, § 1, D., *de reg. juris* 50, 17. — JUS NATURÆ OU NATURALE, Fr. 206, D., *de reg. juris* 50, 17. - § 6, I., *de Atil. tut.* 1, 20. - § 37. 40, I., *de rer. div.* 2, 1. — LEX NATURÆ OU NATURALIS, Fr. 24, D., *de statu hom.* 1, 5. — Fr. 1, § 3, D., *de furtis* 47, 2. — NATURALIS ÆQUITAS, § 40, I., *de rer. div.* 2, 1. - Fr. 1, pr. D., *de pact.* 2, 14. - Fr. 1, pr. D., *de pecun. constit.* 13, 5. - Fr. 9, § 3, D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1. - Fr. 19, pr. D., *de captivis* 49, 15, etc. — Souvent même le mot *jus naturale* est employé dans un sens qui exclut la définition donnée à la note 6, par exemple. « Quod semper æquum et bonum est. » Fr. 11, D., *de just. et jure* 1, 1. - « Omni in re consensio omnium gentium, lex naturæ putanda est. » CIC., *Tuscul.*, I, 13. *Voy.* encore CIC., *de off.*, III, 5; *de invent.*, II, 22. - § 11, I., *de jure nat., gent. et civ.* 1, 2, et SCHRADER, *ad h. l.*

[9] CICÉRON, *de off.*, III, 5. « Neque vero hoc solum *natura*, id est, *jure gentium*, sed etiam *legibus populorum*, quibus in *singulis civitatibus* res publica continetur,... constitutum est; » *ibid.* 47. « Itaque majores aliud *jus gentium*, aliud *jus civile* esse voluerunt; » *pro Sextio*, 42. « Ut quodam tempore homines, nondum neque *naturali*, neque *civili* jure descripto, fusi per agros ac dispersi vagarentur. » - GAIUS, I, 1. - § 11, I, *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 9, 11, D., *de just. et jure*, 1, 1. - Fr. 2. 4, D., *de div. rer.*, 1, 8. - Fr. 1, pr. D., *de acquir. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 84, § 1, D., *de reg. juris*, 50, 17.

§ 90. *Jura generalia.* — *Jura singularia* (*Privilegia, Beneficia legis*).

Une disposition légale peut se rapporter à tous les citoyens ou à une partie des citoyens seulement. Dans le premier cas, on l'appelle *jus generale* ou *commune*; dans le second, *jus singulare*. De même, les droits qui en dérivent sont appelés *jura generalia* ou *jura singularia* [10]. Ces derniers sont aussi appelés *privilegia* ou *beneficia legis*; cependant on se sert particulièrement du mot *privilegium* quand il s'agit d'un droit exceptionnellement accordé à un ou à plusieurs individus déterminés, tandis que par le mot *beneficia legis* on désigne des *jura singularia* accordés à toute une catégorie d'individus [11].

On distingue encore les *privilegia legalia* et les *pactitia* selon qu'ils dérivent d'un acte spontané du pouvoir législatif ou bien d'une convention faite entre un particulier et l'État. Les premiers peuvent être révoqués par le pouvoir législatif sans que le consentement du privilégié soit nécessaire; les derniers ne peuvent l'être ainsi, parce que la convention établit entre les parties contractantes un lien obligatoire que ne peut dissoudre la seule volonté de l'une d'elles.

On divise communément les priviléges en *privilegia personæ, rei* et *causæ*, selon qu'ils sont accordés à une personne déterminée, ou qu'ils sont attachés à une chose ou à un droit. Les premiers s'éteignent par la mort de la personne à laquelle ils appartiennent; les *privilegia rei* et *causæ* passent à tous ceux qui succèdent dans la chose ou dans les droits auxquels ils sont attachés.

Les commentateurs ont encore établi plusieurs autres divisions des priviléges, que nous pouvons nous dispenser de reproduire, d'abord parce

[10] Ces termes se trouvent dans nos sources; mais ils n'y ont pas la signification technique et exclusive que nous leur donnons. Ordinairement, on distingue le *jus generale* d'avec le *jus commune*, en considérant le premier comme s'appliquant à *tous les citoyens*, et le second à *toutes les parties du territoire*. Cette distinction peut avoir quelque utilité dans certaines questions; elle n'en a point pour nous. — La division en *jura generalia* et *singularia*, appliquée aux constitutions impériales, se trouve § 6, I, *de jure nat., gent. et civ.*, 1, 2. « … Plane ex his (constitutionibus) quædam sunt *personales*, neque ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult; nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliæ autem cum *generales* sunt, omnes procul dubio tenent. » — Fr. 1, § 2, D., *de const. princ.*, 1, 4. *Voy.* ci-dessus § 63, note 69.

[11] Il est évident que le mot « *beneficium legis* » ne peut être appliqué qu'au *jus singulare*, qui accorde un avantage. Le mot *privilége* a le même sens dans le langage ordinaire; mais originairement il signifie toute dérogation à un principe général faite en faveur ou au préjudice d'un particulier. Aulu-Gelle, X, 20. « … Non enim sunt generalia jussa… sed de singulis concepta; quocirca *privilegia* potius vocari debent, quia veteres *priva* dixerunt, quæ nos singula dicimus. » - Cic., *de leg.*, III, 19. « In privos homines *leges* ferri noluerunt : id est enim *privilegium*. » Dans le passage de la loi des Douze Tables « *privilegia ne irroganto* » (Cic., *de leg.*, III, 19; *pro Sextio*, 30) *privilegium* est employé dans le sens le plus restreint.

qu'elles n'ont guère d'utilité, ensuite parce que le nom seul en indique d'ordinaire suffisamment la signification [12].

§ 91. *Division des droits, fondée sur la différence des objets auxquels ils se rapportent.*

Les droits peuvent se rapporter ou à l'homme même auquel ils appartiennent, à sa personnalité, ou bien à un objet quelconque vers lequel sa volonté se dirige [13]. On peut donner à la première catégorie le nom de droits personnels, et à la seconde le nom de droits patrimoniaux.

Dans la catégorie des droits personnels nous rangeons d'abord les droits politiques, dont nous n'avons à nous occuper que pour autant qu'ils influent sur le droit privé; puis tous les droits qui touchent à l'état de l'homme, et enfin ceux qui modifient la capacité d'agir, celle d'acquérir des biens et d'en disposer.

La seconde catégorie se subdivise naturellement en deux classes : 1° Notre volonté se dirige vers un de nos semblables; nous avons le droit d'exiger de lui qu'il fasse quelque chose en notre faveur. Cette classe de droits suppose donc nécessairement deux personnes déterminées, l'une qui a le droit, et l'autre dont le fait constitue l'objet du droit. Les Romains les appellent *obligationes*. 2° Notre volonté se rapporte à une chose, abstraction faite de tout individu autre que nous. Cette classe de droits ne suppose l'intervention d'aucune personne déterminée en dehors de celle à qui ce droit compète. Les Romains n'ont pas de nom générique pour les désigner. Nous les appellerons droits réels.

Observation. Cette division en droits personnels, droits d'obligations et droits réels embrasse évidemment tous les droits imaginables; aussi pourrait-elle servir de base à notre exposé dogmatique, qui dès lors se composerait de trois livres. Mais des raisons de méthode nous obligent d'adopter une autre classification. Après la mort d'un individu, ses biens passent à d'autres individus qui sont censés continuer la personne du

[12] Par exemple, *privilegia favorabilia, odiosa — gratuita, onerosa — gratiosa, conventionalia*, etc.

[13] La même division est adoptée dans les *Institutes* de Gaius, et de Justinien; seulement on y trouve encore une troisième classe comprenant les moyens que la loi nous donne afin de poursuivre et de faire valoir nos droits, les *actiones*. Nous croyons plus conséquent et plus commode de traiter des diverses actions lorsque nous nous occuperons des matières auxquelles elles se rapportent, sauf à consacrer un titre des *Notions préliminaires* aux principes généraux des actions. — Au reste, dans les passages qui contiennent cette division (« Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. » Gaius, I, 8.—§ 12, I., *de jure nat., gent. et civ.* 1, 2), le *jus rerum* n'est point subdivisé. C'est pourquoi les commentateurs ont douté s'il fallait ranger les *obligations* dans le *jus rerum* ou bien dans les *actiones*. *Voy.* ci-après, titre V, et livre III, titre I.

défunt par rapport à ses biens. Cette succession, bien que comprenant peut-être des droits réels et des obligations, est considérée comme un tout, un ensemble, dont l'acquisition est réglée par des dispositions particulières qui, à cause de leur importance et de leur difficulté, demandent nécessairement à être examinées séparément. Cela nous oblige à admettre un quatrième livre qui traite des successions à cause de mort ou du **droit héréditaire**. Des considérations analogues nous engagent à détacher certaines parties des trois classes principales pour en faire un livre particulier. En effet, les relations de famille, tout en rentrant dans la catégorie des droits personnels, ne laissent pas d'exercer une influence notable sur les droits patrimoniaux des membres de la famille. Ce sont les modifications qui en résultent que nous examinerons dans un cinquième livre intitulé : **Droit de famille**. Toutefois, en détachant ainsi des droits personnels tous ceux qui tiennent à la famille, nous en avons restreint le nombre et l'importance au point de n'avoir plus besoin de leur consacrer un livre particulier et de pouvoir nous borner à les exposer rapidement dans une introduction contenant des **notions générales et préliminaires**. Voici donc la division de notre ouvrage :

LIVRE I. *Notions générales et préliminaires.*
LIVRE II. *Droits réels.*
LIVRE III. *Droits d'obligations.*
LIVRE IV. *Droit de famille.*
LIVRE V. *Droit héréditaire.*

Au reste, tout en adoptant cette division, nous tiendrons toujours compte de la classification rationnelle indiquée dans le paragraphe, classification dont nous aurons souvent l'occasion de faire ressortir l'utilité et l'importance.

§ 92. *Diverses autres divisions.*

Les divisions que nous avons exposées dans les §§ 89-91 ont pour base les différences qui peuvent exister dans les éléments constitutifs de l'idée du droit. L'école a créé encore plusieurs autres divisions plus ou moins arbitraires, et en général peu utiles. Ainsi l'on parle de droits primitifs ou absolus qui appartiennent à l'homme par cela seul qu'il existe, et de droits dérivés ou hypothétiques, que l'homme n'a que pour autant qu'il les acquière; on parle aussi de droits affirmatifs et de droits négatifs, selon que l'objet du droit est un acte positif ou une omission, etc. — On distingue encore les droits présents et les droits futurs, *jura præsentia, — futura*. Rigoureusement parlant, il n'y a que des droits présents : un droit existe ou n'existe pas. Mais on donne le nom de droit futur à l'espérance d'acquérir et d'avoir un droit, quand cette espérance est protégée par la loi.

Nous nous bornons ici à citer comme exemple les hypothèques et les obligations conditionnelles, le cautionnement fourni pour une dette qui n'existe pas encore, les mesures que la loi prescrit pour protéger les droits d'un enfant qui n'est pas encore né [14].

COMMENT LES DROITS S'EXERCENT.

§ 93. *Règles générales.*

Avoir un droit, c'est pouvoir l'exercer.

On peut exercer son droit, quand même par là on nuirait à un autre [15]. * *Qui jure suo utitur, neminem lædit* *. Cependant, la loi défend d'exercer un droit dans la seule intention de nuire à autrui, sans que nous ayons un intérêt d'agir ainsi. Au reste, cette disposition, qui se rapporte à un cas tout à fait spécial, ne saurait être appliquée qu'avec la plus grande précaution [16].

En général, on peut exercer tout droit tant par soi-même que par un autre qui nous représente. Toutefois, à cette règle il y a quelques exceptions qui dérivent soit de la nature même des droits (par exemple, les droits politiques), soit d'une disposition particulière de la loi. Sous ce dernier rapport, nous trouvons surtout en droit romain des exceptions fondées sur l'ancienne organisation judiciaire et politique. Nous les indiquerons aux endroits convenables.

Celui qui a un droit peut par cela même faire tout ce qui est nécessaire à l'exercice de ce droit [17]; mais aussi il est tenu de supporter les charges qui y sont inhérentes [18].

[14] Fr. 13, § 3, D., *de pignoribus*, 20, 1. - Fr. 35, in f. D., *de judiciis*, 5, 1. « .. Neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit. » - Fr. 30, § 1, D., *de acquir. hered.*, 29, 2. - Fr. 3, D., *si pars hereditatis petatur*, 5, 4. - Fr. 7, pr. 5, *de damno infecto* 39, 2.

[15] Fr. 55, D., *de regulis juris*, 50, 17. « Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur. » - Fr. 151, D., *eod.* « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. » — Des applications de ce principe se trouvent : Fr. 9, D., *de servit. præd. urb.*, 8, 2. - Fr. 24, § 12. Fr. 26, D., *de damno infecto* 39, 2. - Fr. 155, § 1, D.. *de reg. juris* 50, 17.

[16] Fr. 1, § 12, D., *de aquæ pluv. arc. act.*, 39, 3. « ... Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi... *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.* » - Fr. 2, § 5, D., *eod.* « ... Opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est.* » — *Voy.* encore Fr. 1, § 11, D., *eod.*, et Fr. 38, in f. D., *de rei vind.*, 6, 1. « ... Neque malitiis indulgendum est. »

[17] Fr. 10, D., *de servitutibus*, 8, 1. « Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo, substruendo iter facere, Proculus ait. » - Fr. 20, § 1, D., *de serv. præd. urb.*, 8, 2. - Fr. 3, § 3, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 11, D., *communia præd.*, 8, 4.

[18] Fr. 10, D., *de regulis juris*, 50, 17. « Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda. » — L. un § 4, C., *de caducis tollendis*, 6,

Enfin, il résulte de la nature des droits que nous sommes libres de les exercer ou de ne pas les exercer [19]. Le non-exercice de notre droit ne change rien à son existence. Cependant, il est une classe de droits que la loi n'accorde qu'à condition qu'on les fasse valoir dans un certain temps. Ce sont les actions, c'est-à-dire les moyens que la loi nous donne afin de poursuivre en justice la reconnaissance d'un droit. Or, si nous n'usons pas de ces moyens dans le délai déterminé par la loi, nous ne pouvons plus y avoir recours, ou du moins notre adversaire peut refuser de suivre l'appel que nous faisons à la justice. Les actions donc peuvent s'éteindre par le simple non-usage; mais ce mode d'extinction n'existe point pour les autres droits [20].

Observation. Beaucoup d'auteurs ont pensé qu'en général tous les droits peuvent s'éteindre par non-usage. Cependant, comme cette opinion était tout à fait inadmissible à l'égard de plusieurs droits, ils ont formulé une distinction des actions humaines en * *res meræ facultatis* * et * *res non meræ facultatis* *. Par *res meræ facultatis* ils entendaient les actes que nous pouvons faire ou omettre, sans qu'il en résulte une perte ou une modification de notre droit; et ils y comptaient, par exemple, le droit de faire un testament, de se marier, de porter un chapeau, etc. *Res non meræ facultatis* étaient les actes dont l'omission peut nous faire perdre notre droit. Dans cette classe on rangeait presque tous les actes qui se rapportent au droit privé. Cette distinction, aussi absurde en droit naturel qu'inutile en droit romain, n'est plus guère usitée aujourd'hui.

§ 94. *Conflit de droits.*

Plusieurs droits différents peuvent se rencontrer soit dans la même personne, soit par rapport au même objet. Les commentateurs distinguent ces deux cas par les noms de * *concursus subjectivus* * et * *concursus objectivus* *. Le premier cas ne peut donner lieu à aucune difficulté : la personne à laquelle les droits compètent peut les exercer comme bon lui semble. Le second cas peut se présenter de deux manières. Il est possible d'exercer tous les droits concurremment sans que l'exercice de l'un empêche l'exercice de l'autre. Par exemple, A est propriétaire d'un fonds, B en a l'usufruit, C a un droit de passage sur le même fonds, enfin D peut avoir une hypothèque à charge de l'immeuble. — Ou bien l'exercice de l'un exclut ou empêche l'exercice de l'autre.

51. « Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. »

[19] Fr. 41, D., *de minoribus*, 4, 4. « ... Unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt. » — L. un., C., *ut nemo invitus agere cogatur*, 3, 7.

[20] Nous devons nous borner à mentionner ici le principe, sauf à en fournir la preuve par la suite. — *Voy.* ci-après §§ 148, 209, et tome II, § 379.

C'est de ce dernier cas, appelé par les commentateurs * *conflictus jurium* *, que nous nous occupons ici. Nos sources contiennent grand nombre de décisions spéciales sur cette matière; nous y trouvons aussi quelques règles générales qu'il est utile de connaître :

1° Quand il s'agit de droits que deux personnes ont respectivement l'une contre l'autre, particulièrement quand il y a conflit entre deux priviléges ou *beneficia legis*, la loi protége plutôt la personne qui veut éviter une perte, * *qui certat de damno evitando* *, que celle qui cherche à s'enrichir, * *qui certat de lucro faciendo* * [21]. Sous ce rapport, il est à remarquer que le droit romain considère comme perte la restitution d'une chose qu'on a consommée [22].

2° Quand il s'agit de droits réels, c'est le plus ancien qui l'emporte. *Prior tempore potior jure* [23].

3° Si cette règle ne peut être appliquée, on accorde la préférence à la personne qui se trouve en possession de l'objet litigieux. *Melior est causa possidentis* [24].

4° Enfin si ces règles ne suffisent pas pour résoudre la question, on doit recourir au partage de la chose [25]. Quand le partage ne peut s'opérer, il reste un dernier moyen : c'est de tirer au sort. Cependant il est à remarquer que les lois n'y ont recours que dans des cas où le tirage au sort, tout en accordant une faveur à l'un des intéressés, ne prive point les autres de l'avantage qu'ils peuvent espérer de leur droit [26].

[21] Fr. 41, § 1, D., *de reg. juris*, 50, 17. « In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro. » - Fr. 14, § 1, D., *de religiosis*, 9, 7. « ... Melius est legatarium non lucrari, quam emtorem damno adfici. » - Fr. 14, D., *de condict. indeb.*, 12, 6. « ... Natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. » - L. 22, § 5, C., *de jure deliberandi*, 6, 30.

[22] Fr. 11, § 6, D., *de minoribus*, 4, 4. « ... Idem quæritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus... Puto... inspiciendum... quis captus sit; proinde si ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est causa, secundum Pomponium, ejus, qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit. » — Fr. 34, D., *eodem*.

[23] Cette règle s'applique surtout aux hypothèques, à l'occasion desquelles nous développerons le principe qui lui sert de base. *Voy.* ci-après § 248. Cf. § 208 vers la fin. — *Voy.* aussi Fr. 98, D., *de reg. jur.*, 50, 17. « Quoties utriusque causa lucri ratio vertitur, is præferendus est cujus in lucrum causa *tempore præcedit.* » - Fr. 12, pr. D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. - L. 8, C., *eodem*, 8, 18. - Fr. 26, D., *locati*, 19, 2.

[24] Fr. 126, § 2, D., *de reg. jur.*, 50, 17. « Cum de lucro duorum quæratur, melior est causa possidentis. » - Fr. 128, pr. D., *eod.* « In pari causa possessor potior haberi debet. » - Fr. 9, § 4. D., *de Public. in rem act.*, 6, 2. - Fr. 14, pr. D., *de noxal. act.*, 9, 4. - Fr. 8, D., *de condict. ob turpem causam*, 12, 5.

[25] § 8, I., *de legatis*, 2, 20. - Fr. 7, pr. D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. - Fr. 33, *de legatis I* (30).

[26] § 23, I, *de legatis*, 2, 20. « Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat... In nostra constitutione additum est, ut, sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne

Enfin, dans certains cas le conflit est tel, qu'aucune de ces règles ne puisse être appliquée : alors l'existence de l'un des droits s'oppose à l'exercice de l'autre. * *Privilegiatus contra æque privilegiatum jure suo non utitur* * [27].

En matière de conflit on cite encore souvent la règle que le droit spécial exclut le droit général. Cette règle est en général vraie, mais elle ne s'applique point au cas dont nous parlons; car il n'y a pas de conflit quand de deux droits l'un exclut l'autre [28].

COMMENT LES DROITS S'ACQUIÈRENT ET SE PERDENT. — DE LA SUCCESSION DANS LES DROITS D'UN AUTRE.

§ 95.

L'acquisition d'un droit suppose toujours la réunion des trois conditions suivantes : 1° un sujet, une personne qui acquière; 2° un objet sur lequel le droit puisse s'établir; 3° un mode d'acquisition [29]. Dans certains cas, nous avons un droit par cela seul que nous existons ou que telle circonstance extérieure a eu lieu, par exemple la qualité de fils ou de mineur, le droit que nous avons sur les fruits que notre chose produit, sans que nous y ayons contribué. Dans d'autres cas, nous devons faire un acte auquel la loi attache comme effet l'acquisition du droit. Cet acte peut être le simple fait de l'acquéreur, par exemple, la prise de possession d'une chose sans maitre; ou bien il exige, outre le fait de l'acquéreur, l'existence d'un fait intérieur, par exemple la succession testamentaire, qui suppose un testament laissé par le défunt, et l'acquisition faite par l'héritier.

Dès que nous avons acquis un droit, il existe dans notre personne et

pereat legatum... fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat. » L. 3, pr. C., *comm. de legat.*, 6, 43. - Fr. 13, 14, D., *de judic.*, 5, 1. - Fr. 5, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 24, § 17, D., *de fideic. libert.*, 40, 5.

[27] Fr. 36, D., *de dolo malo*, 4, 3. « Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. - Fr. 57 in f. D., *de contrah. emt.*, 18, 1. - Fr. 39, D., *soluto matrimonio*, 24, 3. - Fr. 42, 43, *de hered. instit.*, 28, 5.

[28] Fr. 80, D., *de regul. jur.*, 50, 17. « In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. » - Fr. 41, D., *de pœnis*, 48, 19. - Fr. 1, pr. D., *de auro argento leg.*, 34, 2.

[29] En employant le mot un peu vague : *mode* d'acquisition, nous avons voulu comprendre toutes les causes qui peuvent donner naissance à un droit. Les Romains n'ont pas de terme général pour exprimer la même idée; ils se servent des mots *causa* et *titulus*, auxquels ils ajoutent l'adjectif *juste*, quand ils veulent indiquer que le mode d'acquisition est conforme à la loi. *Justa causa, justus titulus.* - GAIUS, II, 20. 195. - ULPIEN, XIX, 7, 20, 21. - Fr. 159 D., *de reg. jur.*, 50, 17. - § 14, 1, *de usucap.*, 2, 6. - L. 24, C., *de rei vind.*, 3, 32.

continue d'exister tant que ses éléments constitutifs subsistent (§ 88). Il va sans dire qu'un droit cesse d'exister quand la **loi** ne le reconnait ou ne le protége plus [30]. Les droits peuvent également s'éteindre par la perte de **l'objet**. Cela est absolument vrai pour les droits personnels et les droits réels. En appliquant cette règle aux droits d'obligation, nous arriverions à la conclusion que la mort de la personne obligée devrait avoir pour effet d'éteindre l'obligation, puisque c'est le fait de cette personne qui en constitue l'objet. Mais la loi a établi une fiction, en vertu de laquelle d'autres personnes, appelées à recueillir les biens du défunt, sont censées continuer sa personne et par conséquent aussi les obligations qui lui incombaient. Enfin, l'extinction du droit peut provenir d'une cause qui se rapporte au **sujet**. La mort du sujet éteint évidemment les droits purement personnels. Quant aux droits patrimoniaux (droits réels et droits d'obligations), la loi admet la fiction dont nous venons de parler, en les faisant passer aux héritiers, c'est-à-dire à ceux qui sont censés continuer la personne du défunt [31].—D'autres causes d'extinction peuvent résulter de la volonté du sujet, soit qu'au moment même où le droit a été acquis on l'ait déjà soumis à un certain mode d'extinction, par exemple un droit acquis sous condition résolutoire, soit que celui qui a le droit y renonce. Si la volonté se borne uniquement à cet abandon, ce changement survenu dans la volonté constitue une simple renonciation ; mais souvent la personne qui renonce à un droit le fait dans le but qu'une autre personne l'acquière. Dans ce cas, on dit que cette dernière **succède** dans le droit de la première, laquelle, par rapport à cette succession, porte le nom d'**auteur**, *auctor* [32].

On oppose à ce mode d'acquisition, qu'on appelle **dérivé**, les modes qui ne supposent pas la transmission d'une personne à une autre et qu'on nomme modes d'acquérir **originaires**. Quoique ces termes ne soient pas consacrés dans la terminologie romaine, la distinction est parfaitement juste et surtout d'une grande importance pratique, qui se montre particulièrement lorsqu'on considère la nature des droits acquis. Quand l'acquisi-

[30] Par exemple, quand la loi abolit une institution qu'elle avait protégée auparavant. C'est aussi dans cette catégorie qu'il faut ranger l'extinction d'un droit par prescription (ci-après, §§ 145 sqq).

[31] Nous verrons ci-après qu'il y a certains droits patrimoniaux qui ne passent pas aux héritiers. § 145 et t. III. § 439.

[32] Fr. 3, § 2, D., *de itinere actuq. priv.*, 43, 19. « In cujus locum hereditate, vel emtione, aliovo quo jure successi. » — Quant au mot *auctor*, l'étymologie en est douteuse. Nous en parlerons ultérieurement à propos de l'usucapion (*usus, auctoritas*) et de l'autorisation du tuteur. Ici il suffit de dire qu'on le fait ordinairement dériver de *augere*. D'autres le mettent en rapport avec le grec αὐτὸς et écrivent *autor, autoritas*. *Voy.* ci-après, tome II, § 295; tome III, § 427, et Hugo, *R. G.*, page 172. XIe édition. — Chez les Romains, au reste, le terme *auctor* n'est guère usité que dans les successions *in singulas res* (ci-après, note 33). Nous ne connaissons qu'un seul texte où il soit appliqué à une *successio per universitatem*. *Consultatio veteris jcti*, 6

tion est originaire, le droit acquis existe tel que la volonté de l'acquéreur le crée [33]. Dans le cas de succession, au contraire, l'acquéreur prend le droit tel que son auteur le tenait. La qualité et l'étendue de son droit sont exactement déterminées par la qualité et l'étendue du droit de l'auteur; spécialement les extensions qui ont pu être données au droit de l'auteur, ainsi que les restrictions qui ont pu lui être imposées, sont également inhérentes au droit du successeur. C'est à cette conséquence que se rapporte le proverbe connu : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet* [34].

Dans l'acquisition par succession les Romains établissent encore une distinction qui domine toute la matière. L'objet de la succession peut être un ou plusieurs droits déterminés, ou bien le patrimoine entier de l'auteur, c'est-à-dire l'ensemble des droits qui se rapportent à sa personne, tant ceux qui lui appartiennent, que ceux que d'autres peuvent avoir contre lui. Dans le premier cas, on dit qu'il y a *successio in rem, in singulam rem, in singulas res;* dans le dernier cas la succession se fait *per universitatem, in universum jus* [35]. A ces termes répondent les mots français succession à titre particulier et succession universelle ou à titre universel. Il serait difficile de faire comprendre ici toute l'importance de cette distinction; nous nous bornerons à indiquer la principale conséquence pratique qui en découle, sauf à donner les détails ci-après quand l'occasion s'en présentera. Dans la *successio per universitatem* l'acquéreur succède dans tous les droits qui se rapportent à la personne de son auteur; par conséquent il acquiert tous les droits réels de même que les droits d'obligations; mais par contre, il est aussi responsable vis-à-vis des tiers des obligations que l'auteur pouvait avoir contractées envers eux, il est tenu des dettes de son auteur. C'est ce que les Romains expriment énergiquement en disant que le successeur continue la personne de son auteur. Dans la *successio in singulam rem,* au contraire, le droit, objet de la succession, passe à la vérité au successeur tel que l'auteur l'avait, et particulièrement avec les restrictions et les charges qui peuvent avoir été imposées au droit; mais le successeur n'entre point dans les charges qui sont personnelles à l'auteur, il ne succède point à ses obligations passives, il n'est pas tenu de ses dettes.

[33] Cette règle est fondée sur la nature des choses. Il n'y a guère qu'une exception, que nous signalerons quand nous parlerons des effets de l'usucapion.

[34] Fr. 54, D., *de regulis juris,* 50, 17. — *Voy.* encore Fr. 59, D., *eod.* « Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. » - Fr. 175, § 1, D., *eod.* « Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit. » - Fr. 177, pr. D., *eod.* « Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. »

[35] Fr. 1, § 13, D., *quod legatorum,* 43, 3. « *In locum successisse* accipimus; sive *per universitatem,* sive *in rem* his sit successum. » - Gaius, II, 97, 98. - § 6, I, *per quas pers. nobis acquir.,* 2, 9. - Fr. 8, D., *de jurejurando,* 12, 2. - Fr. 3, § 1, D., *de exceptione rei venditæ et trad.,* 21, 3. - Fr. 24, § 1., D., *de damno infecto,* 39, 2.

Dans l'ancien droit romain, il y avait plusieurs cas de *successio per universitatem;* dans le droit nouveau, il n'en est resté que deux espèces, savoir : la confiscation des biens, qui opère une succession universelle en faveur du fisc, et l'hérédité, c'est-à-dire la succession universelle dans le patrimoine d'un défunt dont le successeur est devenu héritier. Voyez ci-après le livre V.

TITRE DEUXIÈME.

DES PERSONNES.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 96.

Tout droit suppose toujours nécessairement un sujet auquel il compète. Ce sujet s'appelle *persona* [1]. Le même mot sert également à désigner la capacité d'avoir des droits en général ou d'avoir et d'exercer tel droit déterminé. C'est dans ce dernier sens qu'on dit qu'un homme peut *sustinere plures personas* [2]. Ainsi, dans le fonctionnaire de l'État, on peut distinguer la qualité de personne publique et celle de particulier; un tuteur peut agir soit pour lui-même, soit pour son pupille. Il importe de bien distinguer ces diverses qualités quand il s'agit d'apprécier un acte quelconque, tant sous le rapport de la validité de l'acte que sous le rapport des effets qu'il peut produire. En général, ce qu'un individu fait en l'une de ces qualités n'influe en rien sur l'autre qualité, ni en sa faveur ni à son préjudice [3].

[1] C'est le sens technique du mot *persona* C'est dans ce sens que Théophile, ad § 2, 1, *de hered. institut.*, 2, 14, appelle les esclaves ἀπρόσωποι, *personam non habentes.*—*Voy.* encore le même, ad Pr. 1, *de stipul. servor.*, 3, 17.—*Nov. Theod.*, 24, § 2. « Servos... quasi nec personam habentes. »—Toutefois, dans les Fr. 2. 3, D., *de statu hominum*, 1, 5, on divise les *personæ* en *hommes libres* et *esclaves;* Gaius, 1, 120, 121, parle de *serviles personæ;* et, dans plusieurs passages, on se sert du mot *persona* quand il s'agit d'esclaves. —*Voy.* aussi ci-après, note 45, et tome III, §§ 414 et 427.

[2] Le terme se trouve dans Cic., *de orat.*, II, 24. « Itaque... tres personas unus sustineo summa animi æquitate, *meam, adversarii, judicis.* »

[3] Parmi les nombreux exemples qui pourraient servir à expliquer cette règle, nous nous bornons aux deux suivants : Fr. 2, D., *de off. consulis*, 1, 10. « Consules apud se servos suos manumittere posse, nulla dubitatio est. Sed si evenerit, ut minor XX annis consul sit, apud se manumittere non poterit, cum ipse sit, qui ex senatusconsulto consilii causam examinat : apud collegam vero causa probata potest. » § 4, I, *qui et quibus ex causis*, 1, 6. - § 4, 5, I., *de*

En droit naturel, l'unique sujet du droit, c'est l'homme; mais aussi tout homme a des droits. Les mots « homme » et « personne » sont synonymes. Mais le droit romain a établi des exceptions à ce principe général, soit en le restreignant, soit en l'étendant. En effet, il a privé certains hommes de la faculté d'avoir des droits, savoir, les esclaves, *servi*; par contre, il a donné cette faculté à des êtres qui ne sont pas individus humains. On appelle ces derniers personnes civiles ou morales, par opposition aux personnes physiques, terme par lequel on désigne l'homme capable d'avoir des droits [4].

DES PERSONNES PHYSIQUES.

§ 97. *De la personnalité physique.*

Pour qu'un individu puisse avoir la qualité de *persona*, il faut qu'il soit né vivant et né homme.

Sous ce dernier rapport, la loi refuse tout droit aux parts monstrueux, qui n'ont nullement la forme humaine. D'autres irrégularités de conformation moins graves ne privent pas de la capacité personnelle l'individu qui en est affecté [5]. Des commentateurs ont soutenu que la formation de la tête est le signe caractéristique pour distinguer les monstres; mais la loi n'en dit mot. Cette règle a été forgée à l'aide d'une interprétation aventureuse d'un passage du Digeste, qui n'a pas le moindre rapport à notre matière [6].

inofficioso testamento, 2, 18. « Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, quum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere. Sed si, e contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit, et superatus est, ipse, quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit. » Pour comprendre ce dernier passage, il faut savoir : 1° que les enfants dont les parents ont lésé les droits d'hérédité par un testament peuvent attaquer ce testament comme *inofficieux*, droit auquel ils renoncent implicitement en acceptant un avantage qui leur est assuré par le testament; 2° que l'enfant qui a succombé dans l'action dirigée contre le testament perd tous les avantages que ce testament aurait pu lui assurer. *Voy.* ci-après, t. III, § 472.

[4] Les Romains se servent, à cet effet, des termes suivants : *personæ vicem sustinet, personæ vice fungitur*, § 2, 1, *de hered. instit.*, 2, 14. - Fr. 22, D., *de fidejuss.*, 46, 1.

[5] PAUL, IV, 9, 3. 4. - Fr. 14, D., *de statu hom.*, 1, 5. « Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus : et ideo inter liberos connumerabitur. » - L. 3, *in f. C. de posthumis heredibus instituendis*, 6, 29. *Voy.* cependant ci-dessus, § 61, note 22. — Nous trouvons encore les termes *ostentum, portentosus*, pour désigner des parts plus ou moins monstrueux. Fr. 38, 135, D., *de verb. signif.*, 50, 16.

[6] *Fr.* 44, pr. D., *de religiosis*, 11, 7. « Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit : quia una sepultura plura sepulcra efficere non potest; mihi autem

L'homme est censé né vivant, s'il a respiré après avoir été dégagé du sein de sa mère. Il paraît qu'anciennement quelques jurisconsultes exigeaient que l'enfant eût crié; mais Justinien rejette cette opinion, d'accord en cela avec les Sabiniens [7]. Tant que l'enfant n'est pas né, il n'a pas une existence séparée; il est considéré comme faisant partie de sa mère [8]. Cependant, par une fiction de droit, l'enfant conçu est considéré comme déjà né, quand il s'agit de ses intérêts pécuniaires. * *Nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur* * [9]. Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons souvent l'occasion de constater l'application de cette règle. Ici, nous nous bornons à en signaler un cas : Si quelqu'un meurt laissant une veuve enceinte, la loi veut que, dans le partage de la succession, on réserve une part pour l'enfant à venir [10].

L'homme conserve jusqu'à sa mort la personnalité qu'il a acquise par sa naissance, sauf les modifications qu'elle peut subir, et que nous exposerons dans les paragraphes suivants. La mort d'une personne ne se présume point, elle doit être prouvée [11]. Cette preuve est souvent difficile à fournir, surtout quand il s'agit de déterminer le moment où la mort aurait eu lieu, moment qu'il est quelquefois très-important de constater d'une manière précise, particulièrement lorsque plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre périssent dans un même événement [12]. S'il s'agit de parents et d'enfants, le droit romain admet comme présomption que l'enfant pubère a survécu à ses parents, et que l'enfant impubère est décédé avant eux [13].

Observation. — Aux deux conditions que nous venons d'indiquer les jurisconsultes modernes ont l'habitude d'en ajouter une troisième; ils exigent que l'enfant soit né viable, *vitalis*, c'est-à-dire né au moins six mois après la conception. A cet égard ils se fondent particulièrement sur le Fr. 12, D., *de statu hominum ;* mais ce passage dit tout simplement qu'il

videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est : id est caput, cujus imago fit, inde cognoscimur. » Cf. ci-après, § 112.

[7] L. 3, C., *de posthumis heredibus instit.*, 6, 29.

[8] Fr. 9, § 1, D., *ad leg. Falcid.*, 35, 2. « ... Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. » - Fr. 1, § 1, D., *de inspic. ventre*, 25, 4. « ... Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est. vel viscerum. » Cf. Fr. 12, D., *de liberis et posthumis*, 28, 2.

[9] Fr. 7, 26, D., *de statu hom.*, 1, 5. - Fr. 3, D., *si pars hered. petatur*, 5, 4. - Fr. 7, pr. D., *de rebus dubiis*, 34, 5. - Fr. 231, D., *de verb. signif.*, 50, 16.

[10] Fr. 3, D., *si pars hereditatis petatur*, 5, 4. — *Voy.* aussi ci-après, tome III, §§ 400, 438, nº 6, § 478.

[11] *Nov.* 117, c. 11.

[12] Fr. 9, § 3. Fr. 16, § 1. Fr. 17, D., *de rebus dubiis* 34, 5. - Fr. 17, pr. D., *eodem.* « ... Si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse. » - Fr. 34, D., *ad Sc. Trebellianicum*, 36, 1.

[13] Fr. 9 (10), § 1, 2, 4. Fr. 16 (17), pr. Fr. 22, 23 (23, 24), D., *de rebus dubiis*, 34, 5. - Fr. 26, pr. D., *de pact. dot.* 23, 4. — *Voy.* cependant Fr. 9 (10), § 2, D., *de rebus dubiis*, 34, 5. - Fr. 17, § 7, D., *ad Sc. Trebell.*, 36, 1.

est possible qu'un enfant né six mois après le mariage soit légitime, c'est-à-dire conçu dans le mariage, parce que, d'après l'opinion d'Hippocrate, un fœtus de six mois peut être viable [14]. C'est donc une présomption de droit servant à fixer l'époque de la conception qu'il est physiquement impossible de déterminer d'une manière certaine. Nos sources ne parlent nulle part de la viabilité comme d'une condition nécessaire pour jouir de la capacité personnelle. Il suffit d'être vivant, et même de n'avoir vécu qu'un moment, pour être personne et par conséquent capable de droits [15].

§ 98. *De la capacité civile. — Liberté, Cité, Famille* (* *Homines sui, alieni juris*). — *Capitis deminutio* *).

I. Le part humain chez lequel on rencontre les conditions exposées dans le paragraphe précédent est homme. Mais pour qu'il soit personne, c'est-à-dire capable d'avoir des droits, la loi romaine exige en outre qu'il soit libre. Ce principe nous donne la grande division des hommes en hommes libres et esclaves, *liberi,—servi* [16]. Les esclaves ne sont point capables d'acquérir ni d'avoir des droits; les hommes libres jouissent de cette capacité. Les esclaves peuvent être rendus à la liberté et acquérir ainsi la qualité de personnes. Par contre l'homme libre peut devenir esclave [17]. Ce passage de l'état de liberté à l'esclavage s'appelle *capitis deminutio maxima* [18].

II. Les hommes libres sont capables d'avoir des droits. Mais tous ne le sont pas au même degré. Il y a des droits qui n'existent que par le *jus civile* des Romains, tandis que d'autres se trouvent fondés en droit naturel, *jus gentium* (§ 89). Les premiers sont réservés aux citoyens romains; les étrangers, *peregrini*, ne peuvent prétendre qu'à ceux de la seconde catégorie. Entre les citoyens et les étrangers se trouvait une classe intermédiaire, les Latins, qui jouissaient d'une partie des droits résultant du *jus civile*. Ils avaient le *commercium*, c'est-à-dire la faculté d'acquérir des biens et d'en disposer d'après le droit romain; mais ils n'avaient point le *connubium*, c'est-à-dire la capacité de contracter un mariage civil et d'acquérir les droits qui en résultaient, savoir, la puissance paternelle et la

[14] Fr. 12, D., *de statu hom.* 1, 5. « Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis : et ideo credendum est, cum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, *justum filium* esse. » Cf. Pr. 3, § ult., D., *de suis et legitimis*, 38, 16.

[15] L. 3, C., *de posthumis hered. instit.*, 6, 29. — *Voy.* sur cette matière M. de Savigny, *System. des heut. R. R.*, tome II, App. I (p. 385 et suiv.). - Tit. I., *de capitis diminutione*, 1, 16. - Tit. D., *de capite minutis*, 4, 5.

[16] Gaius, 1, 19. - Pr. I., *de jure personarum*, 1, 3. - Fr. 3, D., *de statu hominum*, 1, 5.

[17] Les détails sur la condition des esclaves, sur la manière dont l'esclavage s'établit et finit, se trouvent ci-après, t. III, §§ 414-417.

[18] § 1, I., *hoc titulo*, 1, 16. - Fr. 11, D., *eodem*, 4, 5.

parenté civile qui seule donnait originairement le droit de succéder dans les biens d'une personne décédée sans testament [19].

Nous avons vu ci-dessus (§§ 31, 33, 34) comment ces degrés de capacité civile se sont formés et développés ; dans le cours de l'ouvrage nous montrerons l'influence que cette division exerce sur les différentes institutions du droit romain. Ici nous pouvons nous borner à indiquer très-sommairement comment le droit de *cité* s'acquérait et se perdait.

Le droit de cité s'acquérait : 1° Par la naissance. Dans le mariage légitime, *justæ nuptiæ*, l'enfant suivait l'état du père et était citoyen, si le père l'avait été au moment de la génération [20]. L'enfant né de relations qui n'étaient pas *justæ nuptiæ* suivait l'état que la mère avait au moment de la naissance de l'enfant [21]. 2° Par l'affranchissement valable et régulier [22]. L'esclave d'un citoyen romain devenait citoyen, si son maître l'affranchissait, en observant les formalités prescrites par la loi. Cette règle fut modifiée par les lois *Ælia Sentia* et *Junia Norbana*, d'après lesquelles, dans certains cas, l'affranchi n'acquérait que la qualité d'étranger, *peregrinus dedititius*, ou de Latin, *Latinus Junianus* [23]. Justinien rétablit l'ancien principe, d'après lequel l'esclave valablement affranchi devient de plein droit citoyen romain [24]. 3° Le droit de cité était souvent accordé comme faveur, soit à des villes entières, soit à des individus, §§ 33. 34. 4° Enfin, des dispositions législatives, du temps des empereurs, facilitaient surtout aux Latins l'acquisition du droit de cité [25]. Sous ce rapport, nous avons particulièrement à remarquer les deux cas suivants : *a*. Celui qui, ayant été affranchi avant d'avoir atteint l'âge de trente ans, s'était marié avec une Romaine ou une Latine, et avait de ce mariage un enfant âgé d'un an, *anniculus*, pouvait, d'après une disposition de loi *Ælia Sentia*, acquérir le droit

[19] *Voy.* ci-dessus, § 33, notes 78 et suivantes.

[20] *Voy.* ci-après, t. III, § 408.

[21] Cic., *Topica*, 4 « Si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum connubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur. » - Gaius, I, 67. 80. 88 et suiv. - Ulpien, V, 8-10. - Fr. 24, D., *de statu hom.*, I, 5. — La loi *Mensia* refusa la qualité de citoyen à l'enfant né d'un mariage entre une citoyenne romaine et un étranger. Cette disposition fut modifiée par un sénatus-consulte sous Adrien. Ulpien, V, 8. « Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente connubio matris conditioni accedunt : excepto eo qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet. » Gaius, I, 77. 78. 79. D'autres particularités qui se rapportent à cette question se trouvent dans Gaius, I, 30. 66. 80 sqq., et Ulpien, III, 3. *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 416, n° 2. — Il ne faut, d'ailleurs, point perdre de vue, qu'un enfant naturel peut, dans le droit nouveau acquérir la qualité d'enfant légitime, au moyen de la légitimation. T. III, § 410.

[22] *Voy.* ci-après, tome III, § 418.

[23] *Voy.* ci-dessus, §§ 33. 34.

[24] L. un., C., *de dedititia libertate tollenda*, 7, 5. - L. un., C., *de latina libert. toll.*, 7, 6.

[25] *Voy.* ci-dessus, § 31-33. 33. - Ulpien, III, 1. « Latini jus Quiritium consequuntur his modis, beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædificio, pistrino; præterea ex senatusconsulto vulgo quæsitum ter enixa.... » - Gaius, I, 29-31.

de cité pour lui et, le cas échéant, pour sa femme et son enfant, ainsi que la puissance sur ce dernier, en prouvant son mariage et l'existence de l'enfant, *causæ probatio*. La loi Junia Norbana confirma cette disposition pour les affranchis, appelés *Latini Juniani*, et un sénatusconsulte sous Adrien l'étendit à tous les Latins [26]. *b*. Le citoyen qui avait épousé une femme étrangère ou latine, la croyant romaine, pouvait acquérir le droit de cité pour sa femme et ses enfants, en prouvant son erreur devant l'autorité compétente, *erroris causæ probatio* [27].

On perdait le droit de cité : 1° En perdant la liberté [28]. Si cependant un Romain, fait prisonnier de guerre, revenait dans son pays, on le considérait par une fiction comme étant toujours resté libre et citoyen romain, *jus postliminii* [29]. De même, la restitution en entier contre une condamnation criminelle avait un effet rétroactif au jour de la condamnation [30]. 2° En renonçant à la qualité de citoyen romain, ce qui avait lieu quand on se faisait recevoir citoyen d'un autre État [31]. 3° Par suite d'une condamnation à la déportation ou à l'exil [32].

Le citoyen romain qui perdait son droit de cité subissait une *capitis deminutio*, qu'on appelait *media* ou *minor* [33].

III. Entre les *cives* mêmes, il y a une différence fondamentale de capacité. Les uns sont *sui juris*, les autres *alieni juris*, c'est-à-dire soumis à la puissance d'un tiers [34]. Cette division est fondée sur l'organisation de la famille romaine, dont nous devrons faire connaître sommairement la nature, sauf à donner les détails dans le livre quatrième. Conformément à l'esprit d'individualisme qui caractérise le droit romain, toute la famille se résumait en une seule personne, le chef de la famille, *paterfamilias* [35]. Toutes

[26] Gaius, I, 29-31, 66. - Ulpien, III, 3.

[27] Gaius, I, 67-75. - Ulpien, VII, 4.

[28] Gaius, I, 90, 128. - Fr. 4, 5, § 1, D., *de captivis*, 49, 15. - Fr. 1, § 2. 3. 4, D., *de leg. III*, (32). - Fr. 2, § 1. - Fr. 17, § 1, D., *de pœnis*, 48, 19. - Fr. 5, § 3, D., *de extr. cognit.*, 50, 13.

[29] Fr. 4, D., *de captivis et postliminio*, 49, 15.— *Voy.* pour les détails, ci-après, § 184, et tome III, §§ 413. 416.

[30] L. 1, 3, 6, C., *de sententiam passis*, 9, 51.

[31] Cicéron, *pro Balbo*, 11. « Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili, nemo potest : non esse hujus civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest. » - Le même, *pro Cæcina*, 33. 34. « Nam, cum ex nostro jure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur et civitas denique, cum is, qui profugit, receptus est in exsilium, hoc est in aliam civitatem. » - Le même, *de orat.*, I, 40. - Boeth., *in topica*, 4. — Par la même raison, l'esclave, prisonnier de guerre, qui par l'affranchissement avait acquis le droit de cité, le perdait s'il retournait chez les siens, et reprenait son ancienne nationalité, en vertu du *jus postliminii*. Cic., *pro Balbo*, 11, 12. - Fr. 5, § 3, D. *de captivis*, 49, 15.

[32] *Voy.* ci-dessus, §§ 35. 36.

[33] Gaius, I, 161. - Ulpien, XI, 12. - § 2, I, *de cap. demin.*, 1, 16. - Fr. 11, D., *de cap. min.*, 4, 5. - Cf. Fr. 1, § 4, D., *de suis et legitimis*, 38, 15.

[34] Gaius, I, 48.—Pr. I, *de his qui sui vel alieni juris sunt*, 1, 8. - Fr. 1, pr. D., *eod.*, 1, 6.

[35] *Voy.* pour les détails, ci-après, tome III, §§ 406 et suivants.

les personnes qui se trouvaient dans la famille lui appartenaient, soit qu'il en fût l'auteur, par exemple, ses enfants, soit qu'il les eût acquises, par exemple, sa femme, ses esclaves. Il est probable que, dans le principe, l'état de soumission était le même pour tous les membres de la famille. Par la suite, on distingua diverses espèces de soumissions, savoir : 1° La puissance du mari sur sa femme, *manus*. 2° La puissance du père sur ses enfants, *patria potestas*. 3° La puissance du maître sur ses esclaves, * *dominica potestas*. 4° La puissance qu'un citoyen pouvait avoir sur un autre citoyen qui dès lors lui appartenait à peu près comme un esclave, mais sans perdre la liberté ni même le droit de cité, *mancipium* [36]. Nous nous réservons de faire connaître ultérieurement, dans le Droit de famille, la nature de ces diverses institutions, et de montrer comment la *manus* et le *mancipium* ont disparu, de sorte que, dans le droit nouveau, il ne reste plus que la puissance paternelle et celle du maître sur l'esclave. Ici, il suffit d'exposer l'influence que l'état de soumission exerçait sur la capacité des personnes qui s'y trouvaient. Cette soumission ne les privait pas, sauf les esclaves, de leur personnalité, ni même de leur droit de cité. Ainsi, sous le rapport politique, le fils, quoique soumis à la puissance du père, était l'égal du père [37]; le *mancipium* même n'était que provisoirement privé des droits politiques. Quant aux droits civils, la femme *in manu*, le fils sous puissance, et le *mancipium*, jouissaient du *connubium* et du *commercium*, et pouvaient acquérir et s'obliger en vertu de ces deux attributions. Mais tout ce qu'ils acquéraient appartenait au *paterfamilias*, de la même manière et par le même motif que le produit de notre chose devient notre propriété [38]. Par rapport aux acquisitions, de quelque nature qu'elles soient, toute la famille est donc absorbée dans la personne du chef; les autres membres n'ont de personnalité que pour lui; ils ne forment qu'une personne avec lui [39]. Cepen-

[36] GAIUS, I. 49. « Sed rursus earum personarum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in *potestate*, aliæ in *manu*, aliæ in *mancipio* sunt. 52. In *potestate* itaque sunt *servi dominorum*... 55. Item in potestate nostra sunt *liberi* nostri. » - LE MÊME, I, 142. II, 86, 96. III, 163. - ULPIEN, XIX, 18 XXIV, 23 sqq. — *Voy.* t. III. §§ 406, 407 sqq., 414 sqq., 419, 420.

[37] TITE-LIVE, XXIV, 44. - VALÈRE-MAXIME, II, 2, 4. - AULU-GELLE, II, 2. - Fr. 9, D., *de his qui sui vel al. jur.*, 1, 6. « Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, velut si magistratum gerat, vel tutor detur. » - Fr. 3, D., *de adopt.*, 1, 7. - Fr. 77, 78, D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 13, § 5. - Fr. 14, pr. D., *ad Sc. Trebell.*, 36, 1.

[38] GAIUS, II, 86. « Acquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate, manu, mancipiove habemus. » - ID., III, 163. - ULPIEN, XIX, 18. « Acquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, manu, mancipiove habemus. Itaque si quid, mancipio puta, acceperint aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. 19. Item si heredes instituti sint, legatumve eis sit, et, hereditatem jussu nostro adeuntes, nobis acquirunt, et legatum ad nos pertinet. » - Tit. I, *per quas personas nobis acquiritur*, 1, 9. - Tit. I, *per quas personas nobis oblig. acquir.*, 3, 28.

[39] C'est ainsi que Justinien s'exprime dans la L. 11, C., *de impub. et aliis substit.*, 6, 26. « Cum et natura pater et filius eadem esse persona pæne intelligantur. » Toutefois, il est à remarquer que dans ce passage il ne s'agit point de la puissance paternelle.—§ 4, in f., I, *de*

dant, quoiqu'ils puissent augmenter le patrimoine de la famille, c'est-à-dire du père de famille, la loi ne leur reconnait pas la capacité d'obliger ce dernier par leurs actes [40]. — Ces règles sont communes à toutes les personnes soumises à une puissance.

Dans ces relations de famille il y a aussi une *capitis deminutio* appelée *minima*. Le mot *capitis deminutio* semble indiquer une diminution de capacité, et tel est réellement le sens du mot; toutefois, par rapport à la famille, ce terme est employé dans quelques cas où l'opération qu'il sert à désigner, loin de réduire, peut même augmenter la capacité de la personne qui la subit. C'est ce qui a fait dire que la *capitis deminutio* était un simple changement d'état [41]. Mais il est facile de se convaincre que, d'après les idées originaires, toute *capitis deminutio* suppose une véritable dégradation. Ainsi, dans l'émancipation, acte par lequel le père de famille affranchit le fils de la puissance paternelle, ce dernier, loin d'être réduit à une condition inférieure, acquiert une capacité plus grande; car de *alieni juris* qu'il était, il devient *sui juris*. Mais il ne faut pas perdre de vue que, pour obtenir ce résultat, il a dû subir une véritable dégradation, car l'affranchissement ne pouvait se faire qu'au moyen de la *mancipatio*, véritable vente qui plaçait le fils dans l'état de *mancipium*, état analogue à celui d'esclave [42]. Aussi ne parle-t-on pas de *capitis deminutio*, quand l'enfant sort de la puissance paternelle, sans passer par l'état de *mancipium*, par exemple, par la mort du père ou par suite de certaines dignités sacerdotales [43].

En résumé, 1° les hommes sont libres ou esclaves. L'homme libre qui devient esclave subit la *capitis deminutio maxima*. 2° Les hommes libres

inutil. stipulat., 3, 19. » ... Quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus quæ tibi acquiri possunt. »

[40] Fr. 133, D., *de regulis juris*, 50, 17. « Melior conditio nostra .... fieri potest, deterior fieri non potest. » — Mais ils peuvent s'obliger eux-mêmes personnellement, comme ils ont, en général, pleine capacité juridique, sauf en ce qui concerne les dispositions à cause de mort par testament. *Voy.* ci-après, tome III, § 412, et tome II, § 316. Obs.

[41] Gaius, I, 159. - Ulpien, XI, 13. - Paul, I, 7, 2. III, 6, 29. - Pr. § 3, 1, *de cap. demin.*, 1, 16. - Fr. 2, D., *de in int. rest.*, 4, 1. - Fr. 9, § 4, D., *de minor.*, 4, 4. - Fr. 1, 3, pr. 7, pr. 11, D., *de cap. min.*, 4, 5. - Fr. 4, § 10, D., *de gradibus et affinibus*, 38, 10. - L. 28, C., *de liberali causa*, 7, 14.

[42] Fr. 3, § 1, D., *de cap. min.* 4, 5. « Emancipato filio et ceteris personis, capitis minutio manifesto accidit; cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. » (Gaius, I, 132. - Ulpien, X, 1.) — Gaius, X, 138. « Ii, qui in causa mancipii sunt... servorum loco habentur. »

[43] Fr. 3, § 4, D., *de SC. Maced.*, 14, 6. » Si a filiofamilias stipulatus sim et patrifamilias facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive *morte patris*, sive alias sui juris *sine capitis deminutione* fuerit effectus... » - Gaius, III, 114. « ... Si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti *morte ejus*, aut quod ipse *flamen dialis* inauguratus est. » - Aulu-Gelle, I, 12. » Virgo autem Vestalis simul est capta... eo statim tempore sine emancipatione ac sine *capitis minutione* e patris potestate exit. »

sont *cives* ou ne le sont pas. Le citoyen qui perd le droit de cité subit la *capitis deminutio media* ou *minor*. 3° Les *cives* sont ou *sui* ou *alieni juris*. L'homme *sui juris* qui devient *alieni juris* subit la *capitis deminutio minima*. La même diminution a lieu toutes les fois qu'il y a un changement des rapports de famille, opéré au moyen d'un passage par un état inférieur, quand même, en dernier résultat, l'opération aboutirait à l'acquisition d'un état supérieur [44].

Observation 1. Le mot *caput* est en quelque sorte synonyme de *persona* et signifie la capacité de droits qu'un homme peut avoir sous un rapport quelconque; la négation même de toute capacité est désignée par le mot *caput; servile caput* [45]. Mais, dans une signification plus spéciale, il comprend l'ensemble des droits qu'on peut avoir par rapport à la liberté, à la cité et à la famille [46]. Le mot *status* est employé à peu près dans le même sens, quoique, à la vérité, il paraisse moins technique; car il se trouve très-fréquemment comme synonyme de *conditio* pour désigner une position quelconque de la vie sociale. C'est par ce motif que les commentateurs appellent souvent les trois états mentionnés, * *status principales* *, en opposition à tout autre état, * *status minus principales* *.

Observation 2. Il va sans dire que la *capitis deminutio maxima* implique toujours les deux autres; car un esclave ne peut point être citoyen ni avoir des droits dans la famille romaine. De même la *capitis deminutio media* comprend la *minima*. — Au reste, la *capitis deminutio minima* n'exerce aucune influence sur les droits politiques des citoyens. Il en est autrement de la *maxima* et *media capitis deminutio*, qu'on comprend souvent dans la dénomination commune de *magna capitis deminutio* [47]. On considère le citoyen qui en est frappé comme civilement mort [48].

[44] Pr. I., *de capitis demin.*, 1, 16. - Fr. 11, D., *de capite minutis*, 4, 5. « Capitis deminutionis tria genera sunt : maxima, media, minima. Tria enim sunt quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, *maximam* esse capitis deminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, *mediam* esse deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, *minimam* esse capitis deminutionem constat. »

[45] Fr. 3, § 1, *in f.* D., *de cap. min.*, 4, 5. « ... *Servile caput* nullum jus habet. » - § 4, I, *de cap. demin.*, 1, 16. « Servus autem manumissus capite non minuitur, quia *nullum caput* habet. »

[46] D'après Niebuhr, *Hist. rom.*, t. I, p. 606, t. II, p. 460, on aurait originairement entendu par *caput* le rôle du citoyen dans les listes du cens. Tous changements qui devaient avoir pour effet de ranger le citoyen dans une catégorie inférieure (*deterioris juris*), et à plus forte raison ceux qui consistaient à le biffer des listes, auraient dès lors reçu le nom de *capitis deminutiones*. M. de Savigny fait valoir à l'appui de cette hypothèse que du temps des Empereurs encore *caput* signifiait l'unité qui servait de base à l'impôt. *Voy.* ci-dessus, § 79, note 97.

[47] Fr. 1, § 4. D., *de suis et legitimis heredibus*, 38, 16. - Fr. 1, § 8, D., *ad Sc. Tertullianum*, 38, 17. - Fr. 5, § 3, D., *de extraordin. cognit.*, 50, 13. — Mais *voy.* aussi L. ult. C., *de usufructu*, 3, 33.

[48] Fr. 63, § ult., D., *pro socio*, 17, 2. « ... Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte... »

§ 99. *Impubères, pubères.* — *Mineurs, majeurs.*

I. De tout temps, on avait distingué à Rome les pubères et les impubères ou pupilles [49]. Ces derniers ne pouvaient point contracter mariage; ils n'avaient pas non plus la faculté de faire un testament [50]. Cette double incapacité était absolue et rien ne pouvait les en relever. Quant aux autres opérations de la vie civile, les pupilles pouvaient, en général, par des actes juridiques, améliorer leur position; mais ils étaient incapables de s'obliger et d'aliéner. Cependant, comme il peut se faire que des actes entraînant une aliénation de droits ou une obligation soient indispensables, on adjoignait aux impubères *sui juris* une personne, appelée *tutor*, dont l'intervention servait à donner à ces actes la validité nécessaire [51]. — Dans le principe, la puberté dépendait du développement physique de chaque individu, *habitus corporis*. Cette mesure étant trop peu précise et trop individuelle, la jurisprudence chercha à fixer l'époque d'une manière plus certaine. Les Proculéiens, d'après l'avis des Stoïciens, admirent l'âge de quatorze ans accomplis comme l'âge de la puberté, les Sabiniens s'en tinrent en général à l'ancien système. Enfin il paraît que d'autres exigeaient à la fois un certain âge et le développement physique nécessaire pour constituer la puberté. Justinien mit fin à cette incertitude en fixant l'âge de la puberté à quatorze ans pour les garçons et à douze ans pour les filles [52].

Parmi les impubères, on distingue encore les *infantes* et ceux *infantia*

[49] On se sert particulièrement du mot *pupille* pour désigner un impubère qui n'est pas soumis à la puissance paternelle. Fr. 239, pr. D., *de verb. signif.*, 50, 16. — Mais *voy.* aussi Fr. 7, § 3, D., *de peculio*, 15, 1. « *Pupillum* autem tam filiam, quam servum, peculium habere posse... » - Fr. 141, § 2, D., *de verbor. oblig.*, 45, 1.

[50] Pr. I., *de nuptiis*, 1, 10. « Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem *viripotentes*. » - § 1, I., *quibus non est permissum test. facere*, 2, 12. « Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est. » — Pour être complet, faisons encore remarquer que les impubères ne pouvaient remplir des fonctions publiques (Fr. 2, § 1, D., *de regulis juris*, 50, 17), ni être témoins dans un acte juridique (§ 6, I., *de testamentis ordinandis*, 2, 10 ; Fr. 3, § 5. Fr. 19, § 4, D., *de testibus*, 22, 5).

[51] Pr. I., *de auctoritate tutorum*, 1, 21. *Voy.* pour les détails, ci-après, t. III, § 427.

[52] Gaius, I, 196. - Ulpian, XI, 28. « Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare possit; Proculeiani autem, eum qui quatuordecim annos explevit; verum *Priscus* eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis, et numerus annorum. » M. Schilling propose de remplacer dans ce passage le nom *Priscus* par les mots *plerisque visum est*. (PLRS. VS. E.) - Pr. I., *quibus modis tutela finitur*, 1, 22, et Théophile et Schrader, *ad h. l.* - L. 3, C., *quando tutor esse desin.*, 5, 60. - L. 24. C., *de nuptiis*, 5, 4. — *Voy.* encore sur la controverse des deux écoles et sur l'opinion mixte Servius *ad Virg. Eclog.*, VIII, 39. « Bene cum *annis* jungit *habitum corporis*; nam et in jure pubertas *ex utroque* colligitur. » - Le même, *ad Virg. Æn.*, VII, 37. « Non est iteratum, sed *secundum jus* dictum, in quo *et ex annorum ratione et ex habitu corporis ætas comprobatur*. »

majores [53]. Les enfants, c'est-à-dire les personnes au-dessous de sept ans, sont censés n'avoir point de volonté et sont par conséquent incapables de faire un acte quelconque, même à leur avantage (§ 121) [54]. Ceux qui ont passé l'âge de l'enfance, tout en étant impubères, peuvent acquérir et en général faire des actes qui leur sont avantageux; mais ils ne peuvent point aliéner, ni s'obliger, ni disposer de leurs biens de quelque manière que ce soit [55]. Ils sont *infantiæ* ou *pubertati proximi*, selon qu'ils sont plus près de l'enfance ou de la puberté [56].

II. Dans l'ancien droit, les *pubères* jouissaient d'une capacité absolue, ils avaient la libre disposition de leurs biens, ils pouvaient agir et s'obliger comme bon leur semblait. Cette liberté ayant souvent produit des conséquences fâcheuses, la loi *Plætoria* menaça d'une poursuite criminelle ceux qui, en traitant avec un pubère âgé de moins de vingt-cinq ans, *minor* XXV *annis*, auraient abusé de sa jeunesse pour le tromper. En outre elle donnait aux mineurs plusieurs moyens d'invalider les obligations contractées par eux [57]. Depuis on distinguait les *minores* et les *majores* XXV *annis*. — La protection de la loi *Plætoria* cependant parut insuffisante par la suite, et le préteur et les empereurs créèrent en faveur des mineurs d'autres dispositions exceptionnelles, parmi lesquelles il suffit

[53] Le mot *infans* signifie originairement *qui fari non potest*. Fr. 30, § 2, D., *de fideic. libert.*, 40, 5. - VARRON, *de l. l.*, V, 7. - ISIDORE, *Orig.*, XI, 2. — Mais des constitutions impériales declarent que l'enfance ne cesse qu'à l'âge de sept ans. L. 8, Th. C., *de matern. bon.*, 8, 18. - L. 18, I. C., *de jure deliber.*, 6, 30. *Voy.* cependant THÉOPHILE, ad § 9, I., *de inutil. stipul.*, 3, 19.

[54] Fr. 1, § 12, D., *de obl. et act.*, 44, 7. « Furiosum, sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura, manifestum est. 13. Huic proximus est, qui ejus ætatis est, ut nondum intelligat, quod agatur... nam *qui loqui potest* creditur et stipulari et promittere recte posse. » - § 10, I., *de inutil. stipul.*, 3, 19, et SCHRADER, *ad h. t.* - THÉOPHILE, ad § 9, I., *eodem*.—Toutefois on admettait qu'un *infans* avec l'assistance de son tuteur pouvait prendre *possession* d'une chose. Fr. 32, § 2, D., *de acquir. poss.*, 41, 2. « Infans *possidere* recte potest si tutore auctore cœpit..., pupillus tamen sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. »

[55] *Voy.* ci-dessus la note 51 et ci-après, t. III, § 427.

[56] Cette sous-distinction, dont, au reste, les termes ne sont pas fixés par la loi, n'a d'importance que par rapport à l'imputabilité des actes illicites commis par l'impubère. Les *infantes* et les *infantiæ proximi* ne sont responsables d'aucun acte qu'ils peuvent poser; mais l'*impubes pubertati proximus* peut s'obliger par son dol et par les délits qu'il commet. § 18, I., *de obl. ex delicto*, 4, 1. — Fr. 13, § 1, D., *de dolo malo*, 4, 3. - Fr. 5, § 2, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2. - Fr. 4, § 26, D., *de obligat. et actionibus*, 44, 7. - Fr. 23, D., *de furtis*, 47, 2. - Fr. 111, pr. D., *de regulis juris*, 50, 17. - Cf. § 10, I., *de inutilibus stipulationibus*, 3, 19, ainsi que la GLOSE et M. SCHRADER, *ad h. t.*

[57] *Voy.* ci-après, tome III, § 437. — D'après la leçon de plusieurs manuscrits, on appelle souvent cette loi *Lætoria;* mais un document authentique, la TABLE D'HERACL., lin. 112, porte expressément « quive *lege Plætoria*, ob eamve rem, quod adversus eam legem fecerit, condemnatus est. » La date de la loi Plætoria est inconnue; mais comme PLAUTE, *Pseudol.*, I, 3, 69, parle d'une *lex quina vicenaria*, qui ne peut être que notre loi Plætoria, elle doit être antérieure à l'an 570; car c'est à cette année que CIC., *Brutus*, 15, rapporte la mort de Plaute. — *Voy.* ZIMMERN., *R. G.*, § 121, notes 2-7.

ici de mentionner le bénéfice de la restitution en entier, qui doit son origine à l'édit prétorien [58], et l'institution de la curatelle qui se trouve déjà dans la loi *Plætoria*, mais fut généralisée plus tard par des constitutions impériales [59].

Si, d'un côté, la loi favorisait ainsi les mineurs, d'un autre côté elle leur rendait plus difficiles les opérations de la vie ordinaire et restreignait sous certains rapports leur capacité juridique [60]. Il pouvait donc, selon les circonstances, paraître avantageux de ne pas tomber sous l'application des dispositions législatives qui se rapportent aux mineurs. C'est pourquoi des constitutions impériales permirent aux hommes âgés de plus de vingt ans et aux femmes âgées de plus de dix-huit ans, de demander à l'Empereur la *venia ætatis*, qui les assimilait aux majeurs, sauf quelques restrictions relatives à la faculté d'aliéner [61].

III. Les personnes d'un âge très-avancé sont dispensées de certaines charges et fonctions publiques. Nous n'avons guère à mentionner ici que la disposition qui permet aux hommes âgés de plus de soixante et dix ans de refuser une tutelle qui leur est déférée [62].

§ 100. *Hommes. — Femmes.*

En général, les deux sexes ont les mêmes droits civils [63], sauf toutefois le droit de puissance paternelle qui ne peut jamais appartenir à une

[58] Tit. D., *de minoribus*, 4, 4. — *Voy.* ci-après, § 160.

[59] *Voy.* ci-après, tome III, § 437.

[60] En général, le mineur était capable d'agir, d'acquérir, d'aliéner et de s'obliger. Mais il ne pouvait, sans le concours d'un curateur, ester en justice pour gérer un procès, se faire adroger, recevoir un payement et donner décharge. En outre, les mineurs sous curatelle étaient frappés de plusieurs incapacités que nous indiquerons ci-après, tome III, § 437. — La loi protégeait les mineurs en leur accordant la restitution en entier, en les mettant sous certains rapports à l'abri de la prescription, et en leur pardonnant leur ignorance en matière de droit. — *Voy.* ci-après, §§ 147. 160, et tome II, § 285. — Enfin, il est à remarquer qu'un mineur est incapable d'être tuteur (§ 14, I., *de excusationibus*, 1, 25); que le *minor* XVIII *annis* ne peut être *judex*, et que le *minor* XVII *annis* n'a pas qualité pour postuler, c'est-à-dire représenter quelqu'un en justice. - Fr. 1, D., *de postulando*, 3, 1 - Fr. 57, D., *de re judicata*, 42, 1.

[61] Tit. Th. C., *qui veniam ætatis impetraverunt*, 2, 17. - Tit. J. C., *eodem*, 2, 45. - L. 2, Th. C., *de in integrum restitutione*, 2, 16. - L. 10, J. C., *de appellationibus*, 7, 62. — *Voy.* pour les détails ci-après, tome III, § 437.

[62] D'après FESTUS, v. *Sexagenarios*, l'âge de soixante ans aurait dispensé des fonctions publiques. Dans le Digeste et le Code, ce privilége n'est accordé qu'aux septuagénaires. - Fr. 3, D., *de jure immunit.*, 50, 6. - L. 10, C., *de decur.*, 10, 31. — L'âge de cinquante-cinq ans donnait le droit de refuser les fonctions de *décurion*. - Fr. 2, § 8. - Fr. 11, D., *de decur.*, 50, 2. - L. 3. C., *qui ætate vel profess.*, 10, 49. — Pour la tutelle, *voy.* ci-après, tome III, § 425, n° 4.

[63] Fr. 152, D., *de verborum significationibus*, 50, 16. « Hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri constat. » - Fr. 13, 195, pr. D., *eodem*.

femme. Abstraction faite de cette différence qui est fondée sur l'organisation de la famille romaine, les lois contiennent encore de nombreuses dispositions qui ont pour but, soit de restreindre la capacité des femmes, soit de leur assurer une protection plus efficace. Ainsi, elles sont incapables de remplir des fonctions publiques; elles sont même incapables, sauf quelques exceptions, de gérer une tutelle [64]; elles ont une capacité plus restreinte dans plusieurs actes judiciaires [65]. Par contre, elles atteignent l'âge de la puberté plus tôt que les hommes, elles ne sont pas passibles de la contrainte par corps, elles ne s'obligent pas quand elles se portent cautions [66]. En outre, il y avait plusieurs cas dans lesquels les femmes étaient incapables d'agir, surtout dans l'ancien droit, à cause des formalités que certains actes exigeaient. Nous parlerons de ces restrictions aux endroits convenables, en nous bornant ici à faire observer que dans l'ancien droit toutes les femmes *sui juris* étaient soumises à une tutelle, *tutela mulierum*, institution particulière qui a subsisté jusqu'au temps de Dioclétien [67].

Le droit romain parle encore des hermaphrodites, mais sans les admettre comme une classe particulière; il veut qu'on les considère comme étant du sexe dont ils approchent le plus [68].

§ 101. *De la parenté* *. — *De la légitimité.*

On appelle légitimes les enfants conçus dans un mariage civil romain (*justæ nuptiæ, justum matrimonium*), c'est-à-dire dans un mariage contracté en vertu du *connubium* et qui produit les effets consacrés par le *jus civile*, notamment la puissance paternelle et le droit d'agnation qui en est une conséquence. Tous les autres enfants sont illégitimes. Ce nom comprendrait donc aussi bien les enfants nés d'un mariage *juris gentium* que

[64] Fr. 2, pr. D., *de regulis juris*, 50, 17. - Fr. 12, § 4, D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. ult. D., *de tutelis*, 26, 1.

[65] Fr. 1, § 5, D., *de postulando*, 3, 1. « ... (Prætor) feminas prohibet pro aliis postulare. Et ratio quidem prohibendi est, ne contra pudicitiam sexui congruentem, alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres. Origo vero introducta est a Carphania, improbissima femina, quæ inverecunde postulans et magistratum inquietans, causam dedit edicto. » - Fr. 20, § 6, D., *qui testam. facere poss.*, 28, 1. - Fr. 8, D., *de accusationibus*, 48, 2.

[66] A) *Voy.* § 99, note 52. — B). *Nov.* 134, c. 9. — C). Titt. D., *ad SC. Vellejanum*, 16, 1; C., *eodem*, 4, 29. — *Voy.* les détails ci-après, tome II, § 347.

[67] *Voy.* ci-après, tome III, § 453.

[68] Fr. 10, D., *de statu hom.*, 1, 5. « Quæritur, hermaphroditum cui comparemus. Et magis puto ejus sexus æstimandum, qui in eo prævalet. » - Fr. 15, § 1, D., *de testibus*, 22, 5. - Fr. 6 § 2, D., *de liberis et posthumis*, 28, 2.

* Tit. I., *de gradibus cognatorum*, 3, 6. - Tit. D., *de gradibus et affinibus et nominibus eorum*, 38, 10.

ceux nés hors mariage [69]. Toutefois, après l'ordonnance de Caracalla, qui accorde à tous les sujets le droit de cité et surtout après l'abolition de la qualité de *Latinus Junianus* et de *peregrinus dedititius*, les mariages *juris gentium* ne pouvaient guère se rencontrer, et l'on peut dire que tous les enfants nés d'un mariage valable étaient légitimes. Pour constater la paternité, les lois ont établi la présomption que l'enfant né d'une femme mariée a pour père le mari, lorsqu'il est né six mois (182 jours) après la célébration du mariage ou dans les dix mois qui suivent la dissolution du lien conjugal. *Pater est quem nuptiæ demonstrant* [70].

Les enfants nés hors mariage peuvent être : 1° naturels, nés d'une concubine. Le concubinat était une institution légale chez les Romains [71] ; 2° adultérins, nés d'un commerce adultérin ; 3° incestueux, nés d'un commerce incestueux, c'est-à-dire de personnes parentes à un degré qui fait obstacle au mariage ; 4° *spurii*, ou *vulgo quæsiti*, *vulgo concepti*, tous les autres enfants illégitimes [72]. Il est à remarquer que tous les enfants illégitimes sont toujours *sui juris*, parce qu'ils ne se trouvent dans aucun rapport civil avec leur père. La loi les reconnaît bien comme parents de leur mère et de ses parents [73] ; mais elle n'admet aucune parenté entre eux et le père [74]. Toutefois, les enfants naturels proprement dits peuvent

[69] Aussi les *Vatic. fragm.*, 194, emploient-ils le terme *injusti filii*, dans un cas où il y a évidemment un mariage valable, mais non civil. Cf. Fr. 13 § 1. D., *de adulteriis*, 48, 5. - Fr. 27. § 2. D., *ad municipalem*, 50, 1.

[70] Fr. 12. D., *de statu hominum*, 1, 5. - Fr. 6. D., *de his qui sui vel alieni juris sunt*, 1, 6. - Fr. 29, pr. D., *de liberis et posthumis*, 28, 2. - Fr. 3. §§ 11. 12. D., *de suis et legitimis*, 28, 16. - L. 4. C., *de posthumis*, 6, 27. - Cf. L. 11. C., *de naturalibus liberis*, 5, 27. — *Voy.* pour les détails ci-après, tome III, §§ 400. 408. — La règle « *pater est quem nuptiæ demonstrant* » se trouve au Fr. 5. D., *de in jus vocando*, 2, 4, mais par rapport à une question tout autre que celle à propos de laquelle on la cite ordinairement. Ci-après, note 74.

[71] *Voy.* ci-après, tome III, § 405.

[72] Gaius, I, 64. - Ulpien, IV, 2. V, 7. - § 12. I., *de nuptiis*, 1, 10. - Fr. 19, 23. D., *de statu hominum*, 1, 5. - Cf. Fr. 14. § 2. D., *de ritu nuptiarum*, 23, 2, et ci-après, tome III, § 386, n° 8. — Au reste, le mot *naturalis* a dans cette matière différentes significations, suivant le terme auquel on l'oppose. Ainsi, en opposition aux enfants issus d'un mariage légitime, il sert à désigner les enfants nés de concubinat, et c'est là le sens propre du mot ; mais souvent aussi, en opposition aux enfants adoptifs, il comprend les enfants *procréés* par génération même d'un mariage civil. Ulpien, VIII, t. XXVIII, 3. - Pr. I, *de adopt.*, 1, 11. - § 2, I, *de hered. quæ ab int.*, 3, 1, etc. — Les enfants nés du commerce entre deux esclaves sont également appelés *naturales*. Fr. 88, § 12, in f., D., *de leg. II* (31). « Naturales liberos, id est, in servitute susceptos. »

[73] Les liens de parenté entre les enfants illégitimes, d'un côté, et leur mère et les parents de leur mère, de l'autre, sont les mêmes que ceux qui unissent les enfants légitimes avec leur mère et ses parents. *Voy.* surtout ci-après, tome III, §§ 438. 439. — Des constitutions impériales ont cependant introduit quelques restrictions relativement aux enfants illégitimes d'une femme appartenant à la classe des *illustres*, et aux enfants adultérins et incestueux. L. 6. C., *de incestis nuptiis*, 5, 5. - L. 5. C., *ad SC. Orphitianum*, 6, 57. - *Nov.*, 89, c. 14.

[74] C'est à propos de cette règle que les Romains disent que *pater est quem nuptiæ demonstrant*. Fr. 5. D., *de in jus voc.*, 2, 4. « Quia (mater) semper certa est, etiamsi vulgo conceperit, pater est quem nuptiæ demonstrant. » - Cf. Gaius, I, 64. « ... Patrem habere non

acquérir la qualité d'enfants légitimes par un acte civil, appelé *legitimatio*; et même, comme enfants naturels, ils ont, d'après des constitutions de Justinien, des droits de succession, quoique restreints, sur les biens de leur père [75].

§ 102. *Agnatio*. — *Cognatio*.

Les Romains distinguent la parenté civile, *agnatio*, et la parenté naturelle, *cognatio* [76].

L'agnation est la parenté fondée sur la famille romaine, dont la puissance paternelle est le caractère distinctif [77]. Il y a agnation entre deux personnes toutes les fois que l'une d'elles se trouve sous la puissance de l'autre, ou que toutes les deux se trouvent sous la même puissance, ou s'y sont trouvées, ou auraient pu s'y trouver, pourvu que dans ces deux derniers cas la cause qui fait qu'elles ne se trouvent pas sous la même puissance soit un événement naturel, c'est-à-dire la mort du père de famille [78]. Ainsi sont agnats : le père et l'enfant qui se trouve sous la puissance du père; deux enfants d'un père vivant, qui se trouvent sous la puissance de celui-ci; deux frères ou sœurs dont le père est mort; deux frères ou sœurs dont l'un est né après la mort du père, etc. [79].

intelliguntur, cum incertus sit, unde solent *spurii* filii appellari... quasi sine patre filii. » - Fr. 4. D., *unde cognati*, 38, 8.

[75] *Voy.* ci-après, tome III, §§ 405. 439.

[76] Fr. 4, § 2, D., *de gradibus et affinibus*, 38, 10.

[77] Dans le cours de l'ouvrage nous aurons souvent l'occasion de faire observer combien il est difficile de donner une bonne définition des institutions qui ne doivent leur origine qu'au droit positif, *jus civile* (Fr. 202, D., *de regulis juris*, 50, 17. « Omnis definitio in jure *civili* periculosa est...). On s'en convaincra aisément en examinant les définitions que les anciens donnent de l'agnation, et qui toutes sont vicieuses. Nous nous bornerons à indiquer les effets de l'agnation et à donner une énumération complète des cas dans lesquels ce lien existe. — Voici, au reste, les principaux passages des anciens sur l'agnation : Gaius, I, 156. « Sunt autem *agnati* per virilis sexus personas cognatione junctæ, *quasi a patre cognatæ*, III, 10. Vocantur autem *agnati*, qui legitima cognatione juncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quæ per virilis sexus personas conjungitur. » - § 4, I., *de success. cognat.*, 3, 5. « ... Cum agnatio a patre, cognatio sit a matre. » - Fr. 4, D., *unde cognati*, 38, 8. « Quia consanguinitatis itemque agnationis jura a patre oriuntur. »

[78] Pour simplifier la matière nous ne parlons ici que de la puissance paternelle; mais la femme qui entrait *in manum* acquérait également les droits d'agnation. *Voy.* T. III, § 385.

[79] Fr. 12, D., *de suis et legitimis*, 38, 16. - Fr. 10, § 3, D., *de gradibus*, 38, 10. - Fr. 6, D., *unde legitimi*, 38, 7. Il peut donc y avoir *agnation* entre deux personnes qui ne se trouvent point sous la même puissance et ne s'y sont jamais trouvées, pourvu que la circonstance qui a empêché ce rapport de soumission commune soit un événement naturel, c'est-à-dire la mort de l'auteur commun, arrivée soit après, soit avant la naissance des deux personnes dont il s'agit. Mais si cette circonstance provient d'un acte civil, particulièrement de l'émancipation de l'une des personnes en question, ou d'une personne intermédiaire, l'agnation devient impossible. Fr. 7, pr. D., *de cap. min.*, 4, 5. « Agnatis... qui desinunt esse familia mutati. » — (Ulpien), Fr. 195, § 2, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Communi jure familiam

L'agnation s'établit de la même manière que la puissance paternelle, savoir : 1° par génération dans un mariage civil ; 2° par adoption, acte civil au moyen duquel un père de famille acquiert la puissance paternelle sur une personne qui ne se trouvait pas auparavant dans ce lien vis-à-vis de lui ; 3° par légitimation, acte civil qui fait acquérir au père la puissance paternelle sur ses enfants naturels [80].

Le lien de l'agnation est rompu toutes les fois que la puissance paternelle qui en est la base vient à cesser par un événement autre que la mort du père de famille. Le fils émancipé n'est plus agnat ni de son père ni de ses frères ou sœurs. La vierge vestale n'a plus d'agnats. Il en est de même lorsque l'un des agnats entre dans une autre famille, ce qui peut se faire au moyen de l'adoption [81].

Comme l'agnation n'existe que par la puissance paternelle, et que cette dernière ne peut appartenir aux femmes, il est évident qu'il n'y a point d'agnation entre la mère et ses enfants.

La cognation ou la parenté naturelle est le lien qui s'établit par la génération entre deux personnes dont l'une est l'auteur de l'autre ou qui ont un auteur commun. Il importe peu que la génération ait eu lieu en mariage ou hors mariage ; mais, comme le droit romain ne reconnait point de père à l'enfant né hors mariage, cet enfant n'est cognat que de sa mère et des cognats de celle-ci [82].

En comparant cette notion avec celle que nous avons donnée de l'agnation, on voit aisément que l'agnation par génération établit toujours nécessairement la cognation, tandis qu'il peut y avoir cognation sans agnation, par exemple entre l'enfant et la mère, entre le père et le fils émancipé [83]. L'adoption crée également la cognation d'après le droit romain ; alors on parle de cognation civile, *cognatio fingitur* [84]. La

dicimus omnium agnatorum ; nam etsi patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. »

[80] A. B.) Fr. 4, § 2. D., *de gradibus et affin.*, 38, 10. - § 2, I., *de legit. agnat. succ.*, 3, 2. — C). § 13, I., *de nuptiis*, 1, 10. — *Voy.* pour les détails, ci-après, t. III, §§ 408. 409. 410.

[81] A. C.) § 3, I., *de legit. agnat. tut.*, 1, 15. - Fr. 4, § 10, D., *de gradib. et affin.*, 38, 10.— B.) § 98, notes 41 et suiv.

[82] *Voy.* ci-dessus, § 101, note 74.

[83] § 1, I., *de legit. agnat. tut.*, 1, 15. « Sunt autem agnati cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti quasi a patre cognati... At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati. » - Fr. 10, § 2. D., *de gradib. et affin.*, 38, 10. « Cognati sunt et quos agnatos lex duodecim tabularum appellat ; sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia : qui autem per feminas conjunguntur, cognati tantum nominantur. » § 4. « Inter agnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem ; nam qui est agnatus, et cognatus est ; non utique autem qui cognatus est, et agnatus est ; alterum enim civile, alterum naturale nomen est. »

[84] Fr. 4, § 2, D., *de gradib. et affin.*, 38, 10. « ... Et quidem *naturalis* cognatio *per se* sine civili cognatione intelligitur quæ per feminam descendit quæ vulgo liberos peperit. *Civilis*

légitimation ne fait que constater une cognation, que la loi civile refusait de connaître.

Dans l'origine, le droit romain ne reconnaissait que la parenté civile; entre simples cognats il n'y avait aucun lien juridique, aucun lien de famille proprement dite. Cela se montrait surtout dans les successions *ab intestat*, auxquelles les agnats seuls étaient appelés par la loi, et dans le pouvoir de protection que les parents avaient sur les femmes et les membres impubères de la famille, *tutela* [85]. A la longue, cependant, cette rigueur des anciennes coutumes dut se modifier avec les mœurs et céder devant l'influence toute-puissante du *jus gentium*. Déjà, sous la république, des lois positives reconnurent aux cognats une position privilégiée [86]. Mais ce fut surtout dans les successions héréditaires que ce mouvement devint important. D'après l'ancien droit national, les enfants émancipés étaient exclus de la succession de leur père, et il n'y avait point de succession entre la mère et ses enfants. Cette exclusion blessant les sentiments de famille des générations suivantes, le préteur admit à la succession les enfants émancipés et même d'autres cognats; des sénatus-consultes établirent un droit de succession entre la mère et les enfants; et au moyen de réformes partielles on en arriva au point que Justinien se crut obligé d'abolir l'ancienne différence entre les agnats et les cognats, en accordant à ces derniers tous les droits que la législation antérieure avait réservés à la parenté civile. La même assimilation fut, par le même empereur, appliquée à la tutelle [87].

§ 103. *Ligne directe et collatérale. — Parenté complexe. — Degrés de parenté.*

Il y a parenté en ligne directe entre deux personnes quand l'une d'elles descend de l'autre; et en ligne indirecte ou collatérale, quand l'une ne descend pas de l'autre, mais que toutes deux descendent d'un auteur commun [88]. La ligne directe est *descendante* ou *ascendante*,

autem *per se*, quæ etiam legitima dicitur, sine jure naturali, cognatio consistit per adoptionem. *Utroque jure* consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur. »

[85] *Voy.* ci-après, t. III, § 423. §§ 441. 449.

[86] Notamment les cognats figurent fréquemment parmi les personnes jouissant du privilége d'être exceptées des restrictions ou prohibitions portées par certaines lois, *personæ exceptæ*. Exemples : la loi *Julia et Papia Poppæa* (ci-dessus, § 60, note 28); la loi *Cincia* (ci-après, t. II, § 335).

[87] Ces réformes radicales furent réalisées par la célèbre *Novelle* 118 de Justinien. *Voy.* pour les détails, ci-après, t. III, §§ 423. 424. §§ 441. 442. 449. 450. 457. 458.

[88] *Recta linea — transversa linea, ex transverso, ex obliquo, a latere.* Fr. 1, pr. D., *de gradibus et affinibus et nominibus eorum*, 38. 10.

selon qu'on descend de l'auteur à sa progéniture, ou que l'on remonte de cette dernière à l'auteur [89]. Dans la ligne collatérale il y a une autre distinction à faire. Les collatéraux qui ont les deux auteurs (père et mère, grand-père et grand'mère, etc.) communs, s'appellent *germains*; s'ils n'ont de commun que le père, etc., ils s'appellent *consanguins*, et *utérins* si c'est la mère, etc., qui leur est commune. (Voyez ci-après Obs. 1.)

Il peut se faire que deux personnes soient parentes l'une de l'autre à plus d'un titre. Ces rapports complexes peuvent s'établir de différentes manières.

Exemple : Deux personnes parentes entre elles se marient et procréent des enfants [90].

A B
C D
E F
G

E et F, cousin et cousine, se marient et procréent G. Tous les ascendants de G se trouvent vis-à-vis de lui dans un double rapport de parenté. Ainsi, pour ne parler que de C et D, C est à la fois grand-père du côté paternel et grand-oncle du côté maternel par rapport à G. De même D est son grand-père du côté maternel, et son grand-oncle du côté paternel.

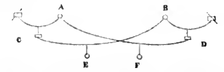
[89] *Ascendentes, linea s. ordo superior. — Descendentes, linea s. ordo inferior.* Fr. 1, pr. Fr. 9, 10. D., *de gradibus et affin.*, 38, 10.

[90] Dans les tableaux généalogiques, nous nous servirons des signes usités dans les auteurs allemands, savoir du signe O pour désigner les hommes, et du signe □ pour désigner les femmes. Un trait horizontal indiquera que les deux personnes qu'il relie sont mariées; le trait vertical indiquera que l'une des personnes descend de l'autre. Quand le signe qui représente une personne est traversé d'une barre, cette personne est décédée.

B A C
D E F

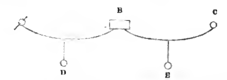
Voici, d'après ces signes conventionnels, l'explication du tableau précédent. A et B ont de leur mariage deux fils D et E. Après la mort de sa femme, A épouse en secondes noces la femme C. De ce mariage naît la fille F; D et E sont frères germains. F est la sœur consanguine de D et E.

D'autres exemples :



A et B épousent l'un la fille de l'autre. Du mariage entre A et D nait un enfant F ; du mariage entre B et C nait un enfant E. Ces enfants seront respectivement oncles et neveux l'un de l'autre. F est l'oncle de E, parce qu'il est le frére consanguin de C, mère d'E. Par contre, F est le neveu de E, parce que E est le frère consanguin de D, mère de F.

L'adoption peut aussi produire un lien complexe entre deux personnes, lorsqu'elles étaient déjà liées auparavant par agnation ou cognation.



La femme B, qui a un enfant D, épouse en secondes noces C, lequel adopte l'enfant D. L'enfant E qui nait du second mariage sera le frère utérin de D par génération et en même temps son frère consanguin par adoption.

Ces rapports complexes peuvent exercer de l'influence sur les parts héréditaires dans les successions *ab intestat* [91].

La proximité de parenté s'établit par le nombre des générations qui relient les deux personnes unies. Chaque génération forme un degré. * *Tot sunt gradus, quot sunt generationes* * [92]. Dans la ligne directe la computation se fait de la manière la plus simple : père et fils sont parens au premier degré, grand-père et petit-fils au second degré, et ainsi de suite. Dans la ligne collatérale, on compte les générations qu'il y a entre les deux personnes en remontant de l'une jusqu'à l'auteur commun, et en descendant de celui-ci jusqu'à l'autre personne. Ainsi, des frères sont parents au second degré ; oncle et neveu, au troisième ; des cousins au quatrième, etc. [93].

[91] *Voy.* ci-après, tome III, § 458.

[92] §§ 7. 8. I., *de gradibus cognationis*, 3, 6. - Fr. 10, §§ 9. 10. D., *de gradibus et affinibus*, 38, 10.

[93] Le droit canon suit le même système dans la ligne directe ; mais, dans la ligne collaté-

Observation. Nous employons les mots *germains, consanguins, utérins,* dans le sens technique des jurisconsultes modernes. Les Romains ne leur donnaient pas une signification aussi exclusive. Ainsi, des frères consanguins, dans le sens moderne, étaient quelquefois appelés *germani* [94]; des frères *utérins* même étaient désignés par ce nom [95]. Le mot *consanguinei* signifiait originairement des enfants ayant le même père, c'est-à-dire liés entre eux par agnation, sans que l'on distinguât s'ils avaient des mères différentes ou la même mère [96].

§ 104. *De l'affinité.*

L'*affinité* est le lien qui s'établit par le mariage entre deux époux ou entre l'un d'eux et les parents de l'autre [97]. Sous ce dernier rapport elle peut exister en ligne directe, par exemple, entre l'un des époux et les descendants ou ascendants de l'autre; ou en ligne collatérale, savoir entre l'un des époux et les parents collatéraux de l'autre. Les parents de l'un des époux ne sont point *affines* des parents de l'autre époux [98].

Comme l'affinité s'établit par le mariage, de même elle cesse par la

rale, il ne compte que la distance entre l'auteur commun et la personne qui en est le plus éloignée, sans tenir compte de la distance qui peut séparer l'autre personne de l'auteur commun. Quand les deux personnes sont à la même distance de l'auteur commun, on compte les générations qui séparent ce dernier de l'une ou l'autre des deux personnes. Ainsi, deux frères sont collatéraux au premier degré; oncle et neveu le sont au second; deux cousins, également au second degré, etc.

[94] § 3 in f. 4, 1, *de legit. agnat. succ.*, 3, 2, et Schrader, *ad h. l.*

[95] Servius, *ad Virg. Æn.*, V, 412. « Germanus est, secundum Varronem in libris de gradibus, de eadem genitrice manans..., secundum quem bene nunc Erycen, Butæ et Veneris filium, Æneæ dicit fuisse germanum. » - Isidore, *Orig.*, IX, 6. « Germani vero de eadem genitrice manantes, etc. »

[96] Ulpien, XXVI, 1, « ... Consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre. » - § 1. I, *de legit. agnat. success.*, 3, 2. « ... Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. » - *Coll. leg. Mos. et Rom.*, XVI, 3, 15. « *Consanguinei* sunt : eodem patre nati, licet diversis matribus, qui in potestate fuerunt mortis tempore; adoptivus quoque frater, si non sit emancipatus; et hi qui post mortem patris nati sunt, vel causam probaverunt. — *Voy.* ci-après, tome III, §§ 449-451.

[97] *Vat. fragm.*, 302. « Excipiuntur et affinium personæ, ut privignus, privigna, noverca..., vir et uxor, sponsus, sponsa. » (Cf. ci-après, tome III, § 388.) — *Voy.* encore *Vat. fragm.*, 218. 262, et Fr. 5, pr. D., *de injuriis*, 47, 10. - L. 5. C., *de heredibus instit.*, 6, 24. « Non ideo minus uxor tua jure heres videtur instituta, quod non uxor, sed affinis testamento nominata est. » - Fr. 4. § 3. D., *de grad. et affin.*, 38, 10. « ... Affines sunt viri et uxores cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis fide succedit; namque conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptiis. » - Cf. Fr. 4. § 10. D., *eodem*, et Fr. 14. pr. § 1. D., *de ritu nuptiarum*, 23, 2.

[98] Moins encore parents. Fr. 34. § 2. D., *de ritu nuptiarum*, 23, 2. - Fr. 10. § 13. D., *de gradibus et affin.*, 38, 10. — Le droit canon considère les parents des deux époux comme *affines*.

dissolution du mariage [99]. Il va sans dire qu'il n'y a pas d'affinité entre l'un des époux et les personnes qui ne deviennent parentes de l'autre qu'après la dissolution du mariage.

L'affinité n'exerce guère d'influence sur les droits des personnes qui se trouvent dans ce rapport, si ce n'est qu'elle forme à certains degrés obstacle au mariage, et qu'elle peut faire naître l'obligation de se fournir mutuellement des aliments. Le lien qui s'établit par le mariage entre le mari et la femme crée en outre des rapports de droit très-importants, que nous exposerons au titre du mariage [100].

A la rigueur, il n'y a point de degrés dans l'affinité [1], parce qu'elle ne s'établit pas par génération; mais on a l'habitude d'appliquer à l'affinité les degrés de la parenté. Ainsi l'on dit que l'un des époux est allié des parents de l'autre au même degré que celui-ci est leur parent.

§ 105. *De l'honneur civil* *.

La considération publique dont un homme jouit est sans doute indépendante des lois; mais le droit romain attache à certains faits, qui sont présumés la modifier, des conséquences légales. Sous ce rapport, l'opinion publique sur notre honneur (*existimatio*) a une importance juridique.

Cette *existimatio* peut recevoir des atteintes plus ou moins graves, ou, comme dit un jurisconsulte romain, *consumitur aut minuitur* [2].

Elle est entièrement anéantie par toute *capitis deminutio magna*, c'est-à-dire par la perte de la liberté ou du droit de cité [3].

Sans perdre la liberté ni le droit de cité, le citoyen romain pouvait être privé de l'exercice de certains droits [4]. Depuis les temps les plus reculés, les Romains avaient reconnu à l'opinion publique le pouvoir de rendre les personnes mal famées incapables de faire des actes qui semblent exiger

[99] Fr. 3, § 1, D., *de postulando*, 3, 1. « Affinitates non eas accipere debemus, quæ quondam fuerunt, sed præsentes. » — Mais *voy.* Gaius, 1, 63. - *Vatic. fragm.*, 218, 219, et ci-après, t. III, § 386, n° 8.

[100] *Voy.* ci-après, t. III, § 386, n° 8.

[1] Fr. 4, § 5, D., *de gradibus et affin.*, 38, 10. « Gradus autem affinitati nulli sunt. » - Fr. 10, pr. D., *eodem*. - Fr. 5, pr. D., *de injuriis*, 47, 19. - *Vatic. fragm.*, 216, 217.

* Tit. D., *de his qui notantur infamia*, 3, 2. - Tit. C., *ex quibus causis infamia irrogatur*, 2, 12. - Tit. C., *de infamibus*, 10, 57.

[2] Fr. 5, § 1, D., *de extraordin. cognit.*, 50, 13. « *Existimatio* est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut *minuitur* aut *consumitur*. »

[3] Fr. 5, § 3, D., *cité*. « *Consumitur*... quoties magna capitis minutio intervenit, id est, cum libertas adimitur : veluti cum aqua et igni interdicitur, etc. »

Fr. 5, § 2, D., *eodem*. « *Minuitur* existimatio, quoties manente libertate circa statum dignitatis pœna plectimur, sicuti cum relegatur quis... vel cum in eam causam quis incidit, quæ edicto perpetuo infamiæ causa enumeratur. »

un honneur intact. Déjà la loi des Douze Tables parle de *homines intestabiles*, c'est-à-dire d'hommes inhabiles à faire des actes solennels dans lesquels des témoins sont nécessaires; et cette défense était très-grave, parce que l'intervention de témoins était alors indispensable dans presque tous les actes de la vie civile [5]. De bonne heure aussi on désigne par les termes *infamia*, *ignominia*, une diminution de l'*existimatio* assez forte pour priver celui qui en était frappé de l'exercice des droits politiques [6]. Il est probable que les censeurs se faisaient à cet égard les interprètes de l'opinion publique, en usant de leur pouvoir arbitraire dans le recensement des citoyens, qui leur permettait d'enlever aux sénateurs la dignité sénatoriale, de faire sortir les chevaliers de l'ordre équestre, et même de priver un citoyen de tous les droits politiques, en le classant parmi les *ærarii* (§§ 27, 33). En dehors de cette *nota censoria*, qui était abandonnée à l'arbitraire du magistrat et qui pouvait être effacée par ses successeurs, la loi attachait des conséquences analogues à certains crimes et frappait de l'infamie ceux qui s'en étaient rendus coupables [7]. Cette institution prit un développement complet dans l'édit du préteur [8] qui lui donna plus d'extension et lui attribua aussi des effets civils, en déclarant les infâmes incapables d'ester en justice comme mandataires d'autres personnes, *postulare* [9], et d'intenter une de ces actions d'intérêt public que l'on appelait *populares* [10]. Sous l'empire, l'importance politique de l'infamie diminua naturellement de plus en plus, et il n'en resta que les effets civils. Aussi est-ce à propos des actes de procédure que nos sources traitent de l'infamie.

L'infamie résultait : 1° De toute condamnation criminelle dans un *judicium publicum*. D'abord cette conséquence n'était attachée qu'à certains crimes déterminés; mais sous les empereurs on admit le principe d'une manière générale [11]. 2° De la condamnation pour certains délits

[5] La loi des Douze Tables menace de cette peine celui qui, ayant servi de témoin dans un acte solennel, refuse de déposer en cette qualité : Aulu-Gelle, XV, 13. « Item ex iisdem (XII) tabulis id quoque est : Qui se sierit testarier, libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto. »

[6] Cicéron, *pro Cluentio*, 42. « Sic hominibus ignominia notatis, neque ad honorem aditus, neque in curiam reditus esset. »

[7] Cicéron, *pro Cluentio*, 43. « *Turpi judicio* damnati, *in perpetuum* omni honore ac dignitate priventur. »

[8] Le texte de l'édit se trouve Fr. 1, D., *h. t.*, 3, 2.

[9] Fr. 1, § 8, D., *de postulando*, 3, 1. « Ait Prætor : Qui lege, plebiscito, senatus-consulto, edicto, decreto principum, nisi pro certis personis, postulare prohibentur : hi pro alio, quam pro quo licebit, in jure apud me ne postulent. Hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto Prætoris *ut infames notantur*. » — Fr. 4, D., *de popul. act.*, 47, 23. « Popularis actio integræ personæ permittitur : hoc est cui per edictum postulare licet. »

[10] Tabula Heracleensis, lin., 120. 122. - Fr. 4, § 4, D., *de his qui not.*, 3, 2. - Fr. 1, pr. D., *ad legem Juliam de vi privata*, 48, 7. — Le principe général se trouve Fr. 56, D., *pro socio*, 17, 2. - Fr. 7, D., *de publicis judiciis*, 48, 1.

[11] Fr. 1, D., *h. t.* - Fr. 7, D., *de publicis judiciis*, 48, 1.

privés, particulièrement du chef de vol, de rapine, d'injures et de dol et fraude [12]. La condamnation pour fraude entraînait l'infamie même dans des cas qui ne constituent pas un délit, par exemple quand c'était un associé, un tuteur, un mandataire ou un dépositaire qui s'en étaient rendus coupables [13]. 3° De l'exercice de certaines professions honteuses [14]. 4° Enfin la loi, déclarait infâmes la femme qui se remariait avant l'expiration de l'année de deuil, les bigames, et ceux qui, étant fiancés, contractaient d'autres fiançailles; les femmes saisies en flagrant délit d'adultère, les parjures, les soldats ignominieusement renvoyés, les usuriers, etc. [15].

En lisant cette énumération, on voit que dans quelques cas l'infamie résulte immédiatement de tel fait ou de l'exercice de telle profession, tandis que dans d'autres elle suppose nécessairement une condamnation. Cette différence sert de base à la division des modernes en * *infamia immediata* * et * *infamia mediata* * [16].

Dans nos sources nous trouvons pour désigner des atteintes moins graves à l'*existimatio* les termes *turpitudo, infamia vitæ, levis nota*, etc., sans que nous puissions en déterminer d'une manière exacte la signification. Nous parlerons dans le cours de l'ouvrage des conséquences que l'une ou l'autre de ces conditions peut avoir.

La *nota censoria* ne produisait d'effet que pour la durée de la magistrature du censeur qui l'avait infligée [17]. L'*infamie* au contraire était inhérente à perpétuité à la personne qui en avait été frappée; toutefois le peuple pouvait en relever, et par la suite les empereurs en annulaient souvent les effets par la restitution en entier [18].

[12] § 3, I., *de pœna temere litigantium*, 4, 16. - F. 4, § 5, D., *h. t.* - Fr. 1, § 4, D., *de dolo malo*, 4, 3. - Fr. 13, § 8, D., *de stellionatu*, 47, 20 (ci-après, t. II, § 324). - L. 5. 8. C., *h. t.*

[13] Cic., *de natura deorum*, III, 30; *de oratore*, I, 37; *pro Roscio Amer.*, 38, 39; *pro Roscio com.*, 6; *pro Cæcina*, 2. 3. — Tabula Heraclensis, lin. 111. (*æs neapol.*, 37). - *Coll. leg. Mos.*, X, 2. - Fr. 1, 6, § 5, 6, D., *h. t.* - Fr. 42, D., *de verb. signif.*, 50, 16. - L. 21, C., *mandati*, 4, 35. — Il paraît que déjà la loi des Douze Tables avait infligé la peine de l'infamie au tuteur infidèle. Pr § 6, I, *de suspectis tutoribus*, 1, 26, et ci après, t. III, § 430, n° 5.

[14] « Qui lenocinium fecerit; qui artis ludicræ pronunciandive causa in scenam prodierit; qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit; femina corpore quæstum faciens. » — *Voy.* Tabula Heraclensis, lin. 112. 113. 122. 123. - Fr. 1, § 6. D., *de postul.*, 3, 1, etc.

[15] Il serait fastidieux de citer ici tous les textes à l'appui, d'autant plus que nous serons obligé de revenir sur les cas particuliers. Nous nous bornons à mentionner les passages suivants : *Qui ab exercitu ignominiæ causa dimissus erit.* Tabula Heracl., lin 121; Fr. 1, pr. D., *de his qui not.*, 3, 2. — *Vir qui corpore suo muliebria passus est.* Fr. 1, § 6, D., *de post.*, 3, 1.

[16] Les commentateurs parlent encore d'une *infamie de fait* (* *infamia facti* *) en opposition à l'*infamie de droit* (* *infamia juris* *); mais il suffit de lire le Fr. 2. pr. D., *de obsequiis*, 37, 15, sur lequel on fonde cette division, pour se convaincre que cette soi-disant *infamie de fait* n'a aucune importance légale.

[17] Cela résulte des règles générales sur le pouvoir des magistrats — *Voy.* au reste, § 26 et § 27, note 95.

[18] Fr. 1, § 9 10, D., *de postul.*, 3, 1. - L. 5, Th. C., *de indulgent. crim.*, 9, 38. - L. ult. C., *de generali abolit.*, 9, 43. - L. 7, C., *de sent. passis et restitutis*, 9, 51.

§ 106. *Autres divisions des personnes.*

La capacité personnelle d'un individu peut encore subir quelques restrictions ou recevoir des extensions particulières par suite de diverses causes parmi lesquelles nous signalons les suivantes :

1. Religion. Originairement la religion ne pouvait point être une cause de différence de droits, puisque tous les citoyens suivaient le même culte. Après qu'on eut commencé à recevoir des étrangers dans l'État, on ne tenait même aucun compte de la diversité de religion. Ainsi la *judaica superstitio* qui, dans le principe, comprenait aussi le christianisme, ne privait point de la jouissance des droits civils sous les premiers empereurs [19]; mais par la suite, les chrétiens, comme ne suivant la religion d'aucune nation, furent considérés comme rebelles et durent subir de cruelles persécutions [20]. L'empereur Gallien leur accorda le libre exercice de leur culte et permit à leurs communes de se remettre en possession des cimetières [21]. A partir de Constantin, le christianisme devient religion de l'État, et les empereurs publient des ordonnances nombreuses tant contre les païens et les juifs (*pagani, gentiles, judæi*) que contre les hérétiques, et surtout contre les apostats. Nous n'avons garde de donner une analyse de ces ordonnances dans lesquelles l'absurdité le dispute à la cruauté; nous nous bornons à faire observer que les chrétiens orthodoxes seuls jouissent de la plénitude des droits civils; les autres citoyens sont soumis à de nombreuses restrictions, particulièrement par rapport à la capacité de succéder et de servir de témoin [22].

2. Santé. Les Romains distinguent entre maladies et défauts physiques, *morbi—vitia* [23]. Les maladies graves affranchissent ceux qui en sont

[19] Fr. 3, § 3, D., *de decur.*, 50, 2. « Eis qui judaicam superstitionem sequantur, Divi Severus et Antoninus honores adipisci permiserunt : sed et necessitates eis imposuerunt, quæ superstitionem eorum non læderent. » — Le Fr. 11, pr. D., *ad leg. Corn.*, 48, 8, mentionne même un rescrit d'Antonin le Pieux, qui permet aux juifs de circoncire leurs enfants, tandis que cette opération est en général considérée comme un crime.

[20] *Voy.* Zimmern, *Gesch. d. R. P. R.*, § 130, notes 9, 10. - Cf. Pline, *Epist.*, X, 97.

[21] Eusèbe, *Hist. eccl.*, VII, 13, cite le texte de l'édit de Gallien, qui autorise l'exercice du culte, et parle d'un autre édit du même empereur, qui permet aux évêques de se remettre en possession des cimetières.

[22] Tit. Th. C., *de hæreticis*, 6, 5. - Tit. J. C., *eodem*, 1, 3. - Tit. Th. C. *de apostatis*, 16, 7 - Tit. J. C., *eodem*, 1, 7. - Tit. J. C., *de Judæis et cælicolis*, 1, 9; *de paganis*, 1, 11. - *Nov. Theod.*, 3. - *Nov. Valent.*, 2, etc.

[23] Cicéron, *Tusc. quæst.* IV, 13. « *Morbum* appellant totius corporis corruptionem : *ægrotationem*, morbum cum imbecillitate : *vitium*, cum partes corporis inter se dissident, ex quo pravitas membrorum, distortio, deformitas. » - Aulu-Gelle, IV, 2. - Fr. 1, § 7, D., *de ædil. edicto*, 21, 1. - Fr. 101, § 2, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Verum est, *morbum* esse temporalem corporis imbecillitatem, *vitium* vero perpetuum corporis impedimentum : veluti si talum (*al.* oculum) excussit; nam et luscus (*al.* luxus) itaque vitiosus est. »

affectés des conséquences défavorables que la loi attache à l'inobservation de certaines formalités, particulièrement dans la procédure. En outre, elles dispensent de plusieurs charges [24]. Parmi les personnes atteintes de défauts physiques, on remarque surtout les impuissants, tant ceux qui le sont par un vice de conformation, *spadones*, que ceux qui le sont devenus par suite d'une opération *castrati*. Ces derniers sont incapables de se marier et d'adopter [25]. — Les maladies mentales peuvent exercer une très-grande influence sur la capacité personnelle de ceux qui en sont atteints. Les personnes qui se trouvent en état de démence (*dementes, mente capti, furiosi*) [26] sont censées n'avoir point de volonté et sont par conséquent incapables de faire un acte quelconque qui puisse produire des effets juridiques [27]. Toutefois les actes qu'elles ont faits dans des intervalles lucides sont valables [28]. La loi des Douze Tables déjà avait privé ces personnes de l'administration de leurs biens et les avait mises sous curatelle. Elle leur avait assimilé sous ce rapport les prodigues, que l'autorité pouvait mettre en état d'interdiction [29].

3. **Profession.** Certaines professions jouissent de priviléges. Déjà, sous les premiers empereurs, l'exercice de certaines industries, particulière-

[24] Fr. 60, D., *de re jud.*, 42, 1. « Quæsitum est cum alter ex litigatoribus febricitans decessisset, et judex absente eo pronuntiasset, an jure videretur pronunciasse. Respondit : *morbus sonticus* etiam invitis litigatoribus ac judice diem differt. *Sonticus* autem existimandus, qui cuique rei agendæ impedimento est... » - Tit. C., *qui morbo se excusant* 10, 50, etc. — *Voy.* aussi ci-après, tome III, § 126. nº 4.

[25] Fr. 128, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « *Spadonum* generalis appellatio est : quo nomine etiam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiæ, thlasiæ, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur. » — Cf. Fr. 39, § 1, D., *de jure dotium*, 23, 3; Théophile, ad § 9, I., *de adopt.*, I, 11, et ci-après, t. III, §§ 386, 409.

[26] Ordinairement les mots *dementes, mente capti, furiosi, fatui*, sont employés comme synonymes. Fr. 14, D., *de officio præsidis*, 1, 18. - Fr. 7, § 1, D., *de curat. furioso dandis*, 27, 10. - L. 25, C., *de nuptiis*, 5, 4. - Cf. § 1, I., *de pupillari substit.*, 2, 16, et L. 9, C., *de impub. et aliis substit.*, 6, 26. — Mais souvent on désigne spécialement par *furor* l'état de démence qui présente des accès de fureur et des intervalles lucides. Paul, III. 40, 5. - Fr. 12, pr. *in f.*, D., *de excusat.*, 27, 1. - Fr. 20, § 4, D., *qui testam. facere possunt*, 28, 1. - L. 6, C., *de curat. furiosi vel prodigi*, 5, 70.

[27] Gaius, III, 106 (§ 8, I., *de inut. stipul.*, 3, 19). « Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit. » - Fr. 5, D., *de reg. juris*, 50, 17. - Fr. 40, D., *eodem*. « Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. » C'est pour le même motif que les *dementes* ne sont pas responsables des actes illicites qu'ils commettent. Fr. 12, D., *ad legem Corneliam de sicariis*, 48, 8. - Fr. 9, § 2, *de lege Pomp. de parric.*, 48, 9. Mais ils ont capacité pleine et entière d'avoir des droits ; ils peuvent même acquérir, pourvu que l'acquisition n'exige point un acte juridique à poser par eux. Fr. 20, D., *de statu hom.*, 1, 5. - Fr. 16, § 2, D., *de ritu nupt.*, 23, 2. - Fr. 16, § 1, D., *qui test. facere poss.*, 28, 1. - Fr. 63, D., *de acquir. heredit.*, 29, 2. - Fr. 70, § 4, D., *de fid jussoribus*, 46, 3. — *Voy.* pour les détails ci après, t. III, § 438. Cf. t. II, § 349.

[28] L. 6, C., *de cur. fur.*, 5, 70. — *Voy.* encore Fr. 14, *verb.* si vero, D., *de off. præs.*, 1, 18. - Fr. 22, § 7, D., *soluto matrim.*, 24, 3. - L. 2, C., *de contrah. emt.*, 4, 38. - L. 9, C., *qui test. fac. poss.*, 6, 22.

[29] *Voy.* ci-après, t. III, § 438, nºs 2. 3.

ment le transport et le commerce des grains, faisait obtenir aux Latins le droit de cité [30]. Des priviléges plus ou moins importants sont accordés par la suite aux professeurs des sciences libérales, aux médecins, aux avocats, aux banquiers, aux marchands de grains, etc. La plupart de ces priviléges cependant ne concernent pas le droit privé; ils se rapportent en général à l'immunité des charges publiques. Ce sont principalement deux classes de citoyens qui jouissent de priviléges importants en fait de droit privé, savoir les membres du clergé et les militaires. Nous signalerons ces priviléges quand nous traiterons des matières auxquelles ils se rapportent. Les habitants de la campagne, *rustici*, sont dans plusieurs cas jugés avec plus d'indulgence que les habitants des villes [31].

DES PERSONNES CIVILES.

§ 107. *Notions générales.*

Nous avons vu ci-dessus, § 96, qu'en thèse générale l'unique sujet de droit est l'homme. Mais si, d'un côté, la loi romaine a restreint cette idée en privant de la capacité personnelle les individus qui se trouvent en état d'esclavage, d'un autre côté, elle l'a étendue, en conférant la qualité de *persona* à des êtres qui ne sont pas individus humains. Le produit de cette extension s'appelle personne civile, personne morale, personne juridique [1].

Ce qui caractérise donc essentiellement la personne civile, c'est qu'un être, qui n'est pas individu humain, a reçu la capacité d'acquérir et d'avoir des droits. Cette capacité ne se rapporte qu'aux droits patrimoniaux; aucune loi n'a jamais attribué de droits personnels aux êtres que nous désignons par le nom de personnes civiles. Au reste, la capacité personnelle de ces êtres fictifs peut être plus ou moins étendue selon la teneur de la disposition législative qui les crée personnes [2]. Pour faire les actes d'acquisition et d'obligation, elles sont ordinairement représentées par une personne physique qui agit comme leur mandataire.

[30] Ulpien, I. III, 1, 6.

[31] Fr. 2, § 1, D., *si quis in jus vocatus non ierit*, 2, 5. - Fr. 1, § 5, D., *de edendo*, 2, 13. « Eis qui ob ætatem vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia justa causa, subvenitur. » - Fr. 2, § 7 *in f.* D., *de jure fisci*, 49, 14. - L. 8, C., *qui admitti ad bonor. possess.*, 6, 9 et *passim*. - *Voy.* encore ci-après, t. II, § 285.

[1] Les Romains disent : *personæ vice fungitur, personæ vicem sustinet*, § 2, I., *de hered. instit.*, 2, 14. — Pr. I., *de stipul. serv.*, 3, 17. - Fr. 116, § 3, D., *de leg. I.* (30). - Fr. 22, D., *de fidejuss.*, 46, 1. Cf. Fr. 1, pr. D., *de divisione rerum*, I, 8. « ... Res publicæ,... ipsius universitatis creduntur. »

[2] Ainsi la L. 8, C., *de heredibus instituendis*, 6, 24, n'accorde aux corporations la capacité d'acquérir une succession que pour autant qu'elles y soient spécialement autorisées.

Il n'est guère possible d'épuiser par une analyse raisonnée toutes les hypothèses dans lesquelles le pouvoir législatif peut se croire autorisé à créer des personnes civiles. Pareille création n'est légitime que pour autant qu'elle serve à atteindre un but social, lequel est dès lors le véritable sujet de la fiction civile, qui d'ailleurs peut se manifester au dehors de différentes manières. Sous ce rapport nous pouvons distinguer deux grandes catégories de personnes civiles. Dans certains cas, en effet, la personne civile se manifeste au dehors par des individus humains dans l'intérêt desquels se poursuit le but qui la constitue, soit par un seul homme [3], soit par une réunion d'hommes. Pour désigner cette dernière hypothèse on se sert des mots corporation, communauté. Dans d'autres cas, le but qui constitue la personne civile ne se manifeste point par des individus humains ou, au moins, il est étranger aux intérêts personnels des individus par lesquels il peut se manifester. Cette catégorie comprend un grand nombre d'espèces parmi lesquelles nous distinguons particulièrement les établissements de bienfaisance et d'utilité publique et l'hérédité jacente. Le fisc, par suite du caractère ambigu que la législation impériale lui a donné, constitue une catégorie intermédiaire [4].

§ 108. *Des corporations et communautés* [*].

On appelle corporation, communauté (*universitas*, *corpus*, *collegium*, *ordo*), une association de plusieurs personnes poursuivant un but et des intérêts communs, à laquelle l'État a attribué la qualité de personne. C'est donc l'autorisation de l'État qui constitue essentiellement la corporation ; et cette autorisation n'est accordée qu'en vue du but que l'association se propose d'atteindre [5].

[3] Par exemple, le *Prince*, comme tel. Fr. 56, D., *de legatis I* (30). « Quod principi relictum est, qui antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ex constitutione Divi Antonini *successori* ejus debetur. » Fr. 57, D., *eodem*. — Cette hypothèse est régie par la règle que nous avons exposée ci dessus, § 96, en traitant de celui *qui plures sustinet personas*, et n'exige, par conséquent aucune explication théorique, bien que dans la pratique les empereurs ne se fassent pas faute de confondre la personne physique avec la personne civile du prince, voire même avec le patrimoine de l'État. *Voy.* ci-après, § 111.

[4] Nous traitons *des corporations*, *des établissements d'utilité publique* et *du fisc* dans les §§ suivants. Il ne pourra être question de l'*hérédité jacente* que dans le *Droit héréditaire*, § 490. Il suffira ici de citer les textes suivants, dans lesquels la qualité de *persona* est incontestablement reconnue à l'hérédité jacente : Pr. I., *de stipulatione servorum*, 3, 17. - Fr. 31, D., *de hered. instit.*, 28, 5. - Fr. 34, D., *de acq. rerum dominio*, 41, 1. - Fr. 22, D., *de fidejuss.*, 46, 1, etc.

[*] Titt. D., *quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur*, 3, 4 ; - *de collegiis et corporibus*, 47, 22 ; - *ad municipalem et de incolis*, 50, 1, ainsi que les titres suivants jusqu'au titre 12 du même livre. — Titt. C., *de decurionibus*, *sqq.*, 10, 31 à 68 et 11. 1 sqq.

[5] Il ne faut pas perdre de vue que cette autorisation de l'État est une manifestation du pouvoir législatif, ce *mot pris dans le sens le plus étendu*. Ainsi de même que le *droit* s'établit

La plus importante de ces associations [6] est évidemment l'État même, la nation, le *populus romanus* [7]. Nous avons traité de son organisation et de son administration dans l'introduction historique. En dehors de Rome, et plus tard absorbés par elle, nous trouvons les municipes, les colonies et les villes libres (§§ 37. 57. 77). Les autres villes, et même les bourgs et villages (*civitates, fora, conciliabula, castella, vici*), quoique sans organisation politique et sans indépendance administrative, étaient également considérés comme personnes civiles, ayant capacité d'acquérir et de défendre leurs intérêts devant les tribunaux [8]. Dans les derniers temps de l'empire, les provinces aussi figurent comme personnes civiles [9].

En dehors de ces communautés, constituant des parties intégrantes de l'organisation politique, nous trouvons à Rome, depuis les temps les plus reculés, les colléges des prêtres et des vierges vestales, capables d'acquérir [10]; ainsi que des corporations formées des fonctionnaires subalternes, particulièrement des greffiers, *scribæ*, *notarii* [11]. Dans les autres villes l'ordre des décurions joue un rôle important [12]. Des corporations de métiers avaient également existé de tout temps; à Constantinople elles eurent

non-seulement par la loi écrite, mais aussi et avant tout par l'assentiment tacite de la nation, par la coutume, de même la sanction de l'État, nécessaire pour constituer la personne civile, peut être *expresse* ou *tacite*. Dans cette dernière catégorie nous devons surtout ranger les corporations politiques dont la création remonte à l'origine de l'organisation sociale, l'*État* même, et les *communes*. Mais il est évident que ces cas deviennent plus rares à mesure que la force productrice de la coutume disparait; et chez les peuples où la manifestation de la volonté nationale est réglée d'une manière précise, aucune association ne peut prétendre à la qualité de personne civile, à moins de l'avoir obtenue par une déclaration formelle du pouvoir législatif. — *Voy.* ci-après, note 20.

[6] Des renseignements précieux sur les corporations, ainsi que sur toute la matière des personnes civiles se trouvent dans M. de Savigny, *System des heutigen R. R.*, t. II, §§ 86 sqq.

[7] Sous la république, cette idée se maintient dans toute sa pureté. Sous l'empire, la création des diverses caisses et la tendance d'identifier l'État avec la personne de l'empereur firent naitre une confusion déplorable, dont l'influence se fait encore sentir dans la plupart des législations modernes.

[8] Fr. 73, § 1, D., *de leg. I* (30). « Vicis legata perinde licere capere atque civitatibus, rescripto imperatoris nostri significatur. » — L. 2, § 5, C., *de jurejur. propter calumn.*, 2, 59. « Hoc etiam huic legi addendum esse censemus, ut, si quis pro alio litem movere voluerit..., sive pro una persona quis litem movere voluerit, sive pro aliquo corpore, *vel vico*, vel alia universitate... » — *Voy.* ci-dessus, § 37, note 71.

[9] L. 9, 11, 12, Th. C., *de legatis et decretis legationum*, 12, 12.

[10] Le Fr. 38, § 6, D., *de leg. III* (32) mentionne un legs conçu en ces termes : « A te, Petroni, peto, uti ea duo millia solidorum reddas *collegio* cujusdam *templi*. » - Hyginus, ed. Goes, p. 206. « Virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt et locati. » — *Voy.* aussi ci-après, § 232.

[11] *Voy.* Niebuhr, *Hist. rom.*, t. III, p. 349-353, et M. de Savigny, *l. l.*, p. 253.

[12] La corporation des décurions, comme personne civile, est bien distincte du municipe même, du patrimoine de la ville. Sous l'influence du despotisme impérial on finit cependant par confondre ces deux institutions. — *Voy.* ci-dessus, § 77, note 76, et Fr. 3. 7, § 2, D., *quod cujusc. univ.*, 3, 4. — Titt. C., *de hereditatibus decurionum*, 6, 62; - *de prædiis decurionum*, 10, 33; - *quando et quibus quarta pars debetur ex bonis decurionum*, 10, 34.

même une grande importance politique [13]. Les chevaliers avaient organisé de vastes sociétés pour l'exploitation des mines, des salines et des impôts donnés à ferme; plusieurs de ces sociétés furent érigées en corporations [14]. Sous l'empire les légions et autres corps militaires figurent comme des personnes civiles [15]. Enfin, des confréries et des sociétés d'agrément ressemblant aux clubs anglais ou à nos chambres de rhétorique et sociétés d'harmonie [16], se rencontraient déjà sous la république, et nous lisons que, du temps de Cicéron, ces associations, auxquelles s'étaient jointes celles des scribes, étaient devenues si turbulentes que le sénat proposa une loi afin de les dissoudre [17].

Nos sources de droit contiennent sur l'organisation des différentes corporations de nombreuses dispositions que les commentateurs ont souvent prises pour des règles générales, sans tenir compte de la nature particulière de la communauté pour laquelle elles avaient été faites. Ainsi, on dit fréquemment qu'une décision de l'assemblée générale n'est pas valable à moins que les deux tiers de tous les membres, dûment convoqués, ne prennent part à la délibération et que le vote ne réunisse la majorité des membres présents. Or, cette règle n'est donnée que pour les assemblées des corps communaux [18]. Un autre principe, d'après lequel il faudrait au moins trois individus pour constituer une corporation, tandis qu'un seul membre suffirait pour la continuer, semble être d'une nature plus générale [19]. Ce-

[13] *Voy.* Niebuhr, *l. l.*

[14] *Voy.* ci dessus, § 38. - Fr. 1, pr. D., *quod cujuscunque univ. nom*, 3, 4. « Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora : ut ecce, vectigalium publicorum sociis permissum est *corpus* habere : vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. » - Fr. 1, § 1, D., *eodem*. - F. 3, § 4, D., *de bonor. possess.*, 37, 1. - Fr. 31, § 1, D., *de furtis*, 47, 2. - Le Fr. 59. pr. D., *pro socio*, 17, 2, oppose ces corporations, que nous appellerions *sociétés anonymes*, aux sociétés ordinaires, *societates privatæ*.

[15] Fr. 6, § 7, in f. D., *de injusto, rupto, irrito test.*, 28, 3. - L. 2, C, *de heredit. decurionum*, 6, 62.

[16] En Belgique, plusieurs sociétés de ce genre se sont fait conférer la qualité de personne civile, en s'organisant comme sociétés anonymes.

[17] *Sodalitates, Sodalitia.* — *Voy.* Cic., *de Senect.* 13; *ad Quint. fratr.*, II, 3. - Ascon., *in Cornel.*, p. 75, ed. Orelli : *in Pison.*, p. 7, ed. Orelli. - Festus, *v. Sodales.*

[18] Fr. 2, 3, D., *de decretis ab ordine fac.*, 50, 9. « Illa decreta, quæ non legitimo numero *decurionum* coacto facta sunt, non valent. » 3. « Lege autem *municipali* cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis. » - Fr. 3, D., *quod cujuscunque univ. nomine*, 3, 4. - L. 46, C., *de decur.*, 10, 31. — Fr. 19, D., *ad municipalem*, 50, 1. « Quod major pars curiæ effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. » - Fr. 160, § 1, D., *de regulis juris*, 50, 17.

[19] Fr. 85, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est. » - Fr. 7, § 2. D., *quod cujusc. univ. nom.*, 3, 4. « In decurionibus, vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum et convenire et conveniri : cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis. » — *Voy.* cependant ci-après, note 25.

pendant il est toujours dangereux de poser des règles absolues dans cette matière. Le seul principe fondamental sur les *universitates* est celui que nous avons indiqué au paragraphe précédent, et qui est fondé tant sur la nature des choses que sur la disposition expresse du droit romain, savoir qu'elles n'obtiennent la qualité de personnes que par l'autorisation de l'État [20]. Quant aux dispositions sur l'existence et l'administration de la société, sur la réception et l'exclusion des membres, sur les droits et les charges qui leur appartiennent et incombent [21], etc., elles dépendent entièrement de l'acte constitutif qui peut donner à la corporation une organisation démocratique, aristocratique, oligarchique, monarchique, représentative ou toute autre. Ordinairement, le pouvoir législatif appartient à l'assemblée de tous les membres, tandis que l'administration est confiée à une commission. Il faut toujours une autorité ou une personne quelconque pour représenter la corporation dans ses relations extérieures [22].

La corporation subsiste tant que les conditions essentielles requises pour son existence se trouvent réunies. Elle cesse dès que l'une d'elles vient à manquer [23]. Il est évident que la corporation est dissoute lorsque l'État lui retire l'autorisation et la prive ainsi de sa personnalité [24]. Mais, ab-

[20] Fr. 1, pr. D., *quod cujuscunque univers.*, 3, 4. - Fr. 20 (21). D., *de rebus dubiis*, 34, 5. - Fr. 3, pr. § 1, D., *de collegiis et corporibus*, 47, 22. — Cette question intéressante est fort bien traitée dans une consultation : *De l'existence légale en Belgique des sociétés anonymes étrangères*, par MM. Arntz, Bastiné et Jules Bartels. Bruxelles, 1846.

[21] C'est le mot *munus, munera,* qui sert à désigner les charges incombant aux membres des corporations politiques et municipales. - Fr. 239, § 3, D., *de verborum signif.*, 50, 16. - Tit. D., *de muneribus*, 50. 4.

[22] L'existence de pareils représentants (*actores, syndici, curatores*) n'est point un élément essentiel de la personne civile (*Voy.* ci-après, tome III, § 490) ; mais elle est nécessaire pour qu'elle puisse faire des *actes* d'acquisition et s'obliger vis-à-vis des tiers. - Fr. 1, § 1. - Fr. 2, 3, 4, D., *quod cujuscunque univers.*, 3, 4. — Ces curateurs, etc., sont, au reste, soumis aux règles ordinaires du mandat, sauf les dispositions spéciales que la législation peut prendre à leur égard. Fr. 6, D., *de administr. rerum ad civit. pertin.*, 50, 8. Cf. Fr. 9, § 8, D., *eodem.* - Fr. 11, 12, 13, D., *ad municipalem*, 50, 1. - L. 1. 2. 4, C., *quo quisque ordine conveniatur*, 11, 35.—Le Fr. 27, D., *de rebus creditis*, 12, 1, qui déclare qu'une ville n'est obligée en vertu de l'emprunt fait par ses représentants que pour autant que l'emprunt ait été employé à son profit, ne contient rien d'exceptionnel, mais consacre un principe général du mandat.

[23] Que devient le patrimoine de la corporation dissoute? Cette question appartient au droit public, et doit recevoir des solutions différentes, selon le but que la personne civile avait mission de poursuivre. Des auteurs ont invoqué le Fr. 3, pr. D., *de collegiis et corpor.*, 47, 22, pour soutenir qu'en droit romain, au moins, les biens d'une corporation dissoute se partageaient entre les membres; mais c'est à tort, car ce texte parle, non pas d'une personne civile, mais d'un *collegium illicitum*, c'est-à-dire d'une association sans personnalité civile.

[24] *Voy.* les passages cités à la note 19, et Fr. 21, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4. « Si ususfructus civitati legetur et aratrum in eam inducatur, *civitas esse desinit*, ut passa est Carthago : ideoque quasi morte desinit habere usumfructum. » C'est probablement de ce cas qu'entend parler Gaius au Fr. 56, D., *de usufr.*, 7, 1. « Quia neque morte, nec *facile capitis deminutione* periturus est (ususfructus municipibus relictus) ».

straction faite de ce cas, il est difficile de donner des règles précises sur la dissolution des corporations. Les communautés qui n'ont pas de rapports politiques avec l'État peuvent en général se dissoudre par un décret valable de l'assemblée des membres. Enfin, si le but d'une corporation se rapporte exclusivement aux intérêts personnels de ceux qui la composent, elle sera éteinte quand il n'en restera plus de membres [25].

§ 109.

Par cela même que la corporation a la qualité de personne, elle a la faculté d'avoir des droits. Pour acquérir des droits, il faut ordinairement un acte d'acquisition; pareil acte ne peut être posé par la corporation, puisqu'il suppose nécessairement un être pensant et ayant une volonté, et que les personnes civiles ne sont qu'une abstraction, une fiction. Les corporations sont donc par elles-mêmes incapables de faire des actes d'acquisition [26]. Mais rien ne s'oppose à ce qu'elles acquièrent par représentants, de même que les pupilles, incapables d'agir, acquièrent par l'entremise de leur tuteur [27].

La corporation donc peut acquérir et avoir des droits, tant des droits réels que des droits d'obligation, et c'est en sa qualité de personne civile qu'elle les possède et les exerce. Les biens dont elle a la propriété n'appartiennent pas aux membres, mais à l'être fictif qui constitue la personne civile [28]. Toutefois, les membres formant actuellement la communauté

[25] « De ce qu'une corporation peut être continuée par *un seul membre* (*voy.* note 19), quelques auteurs concluent à tort que la corporation cesse nécessairement d'exister par suite de la mort de *tous* ses membres. Cette opinion doit être rejetée dans tous les cas où le but de la corporation est de sa nature perpetuel et d'intérêt public. Si, par exemple, les membres d'un corps de métier étaient *tous* subitement emportés par une épidémie, on aurait grandement tort de considérer la communauté comme éteinte, et ses biens comme étant sans maitre ou tombés dans le domaine public. » M. de Savigny, *System des heut. R. R.*, tome II, § 89, page 280. — Dans tous les cas, le changement de tous les individus qui ont originairement composé l'*universitas* est sans importance pour la question de sa continuation. Fr. 7, § 2, D., *quod cujusc. univers.*, 3, 4. - Fr. 76, D., *de judiciis*, 5, 1.

[26] Fr. 1, § ult. - Fr. 2, D., *de acq. poss.*, 41, 2. Il ne faut pas perdre de vue qu'on acquiert quelquefois sans faire un *acte* d'acquisition. — *Voy.* ci-dessus, § 93, n° 3, et ci-après, tome III, § 490.

[27] *Voy*, ci-après, §§ 171. 182, et tome III. §§ 427. 436 sqq.

[28] Fr. 6, § 1, D., *de divis. rer.*, 1, 8. « *Universitatis* sunt, *non singulorum*, veluti, quæ in civitatibus sunt, theatra..., et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. » - Fr. 2, D., *quod cujuscunq. univ.*, 3, 4. « Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum, quasi a pluribus datum sit, haberi; hic enim pro republica, vel universitate intervenit, non pro singulis. » — Ce principe est encore reconnu dans les cas suivants : Dans les instructions criminelles, le témoignage d'un esclave n'est point admis contre son maître; or, les esclaves d'un municipe peuvent témoigner contre l'habitant du municipe. - Les affranchis d'un municipe ont pour patron le municipe, et non point les habitants de la ville.

peuvent avoir la jouissance des biens de celle-ci, par exemple l'usage de pâturages communaux. Dans ce cas on appelle ces biens *res universitatis* par excellence, en opposition à ceux dont la jouissance n'est pas accordée aux membres, mais réservée à la communauté comme telle, *patrimonium universitatis* [29]. Les droits d'obligation appartiennent à la communauté comme telle, et non point aux membres qui se trouvent en faire partie. Il en est de même des obligations qui sont à la charge de la communauté [30]; les membres n'en sont point tenus personnellement [31]. La communauté peut également aliéner les droits qu'elle a acquis; mais sous ce rapport les personnes civiles sont généralement soumises à des lois restrictives qui présentent plus ou moins d'analogie avec les restrictions imposées à la faculté d'agir des impubères et des mineurs.

On a cherché à déterminer la différence fondamentale entre la corporation et la société ordinaire. Ces institutions présentent toutes deux une réunion d'hommes poursuivant un but commun. C'est dans ce but que quelques auteurs ont voulu trouver l'élément de différence, en disant que le but de la communauté est quelque chose de stable, de permanent, tandis que celui de la société ordinaire n'est que momentané ou passager. C'est une erreur : une communauté peut avoir un but passager, une société peut se proposer un but perpétuel. D'autres ont prétendu que la principale différence consiste en ce que, dans une communauté, les membres doivent se soumettre aux décisions de l'assemblée, tandis que, dans la société ordinaire, chaque membre reste indépendant. Mais d'abord cette règle n'est pas absolument vraie; car les statuts de la communauté, aussi bien que

Voy. le Fr. 6, § 1, D., cité, ainsi que Fr. 1, 2, 3, D., *de manumiss. quæ servis*, 40, 3. - Fr. un. D., *de libertis univ.*, 38, 3. - Fr. 10, § 4, D., *de in jus voc.*, 2, 4. - Fr. 25, § 2, D., *de acquir. hered.*, 29, 2. - Fr. 1, § 7, D., *de quæst.*, 48, 18.

[29] Ces termes techniques sont modernes, mais la distinction se trouve dans le droit romain.

[30] Une *universitas* peut-elle être obligée par un délit? Évidemment non; car elle n'a de personnalité que pour le but en vue duquel elle a été créée par le pouvoir social, et il est impossible que le pouvoir social autorise un délit. Lors donc qu'un méfait a été commis au nom d'une communauté, il ne peut être imputé, même au point de vue civil, qu'aux individus qui s'en sont rendus coupables. Mais il va sans dire que l'*universitas* doit restituer ce qu'elle a pu gagner par suite du délit, *quod ad eam pervenit*. *Voy.* ci-après, § 143, vers la fin. Ces principes, fondés dans la nature des choses, sont consacrés par les Fr. 15, § 1, D., *de dolo malo*, 4, 3, et Fr. 4, D., *de vi*, 43, 16. Le Fr. 9, § 1, D., *quod metus causa*, 4, 2, qui pourrait paraître contraire, s'explique facilement quand on tient compte de la nature particulière des remèdes légaux contre la violence, qui sont *in rem scripta*. *Voy.* ci-après, t. II, § 287.—Il ne faut pas confondre avec la question que nous venons de signaler celle de savoir si les *universitates* sont tenues du dommage provenant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de leurs obligations, alors que les faits qui ont occasionné le dommage ont été posés par leurs agents. Ici la réponse doit être évidemment affirmative.

[31] Fr. 7, § 1, D., *quod cujuscunq. univ.*, 3, 4. « Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec, quod debet universitas, singuli debent. » — *Voy.* encore Fr. 2, D., *eodem*. - Fr. 1, § 15, D., *ad Sc. Trebell.*, 36, 1.

ceux de la société, pourraient y déroger; ensuite, quand même on pourrait la considérer comme absolue, encore ne serait-elle qu'une suite de la différence qu'on cherche à déterminer, et c'est une pétition de principe que de la donner comme élément fondamental de cette différence. Il en est de même des opinions qui cherchent cet élément dans l'étendue des droits qui sont accordés aux membres, etc.

La seule ressemblance qui existe entre la communauté et la société, c'est qu'elles sont l'une et l'autre composées d'hommes; mais cela n'est point essentiel pour la qualité fondamentale de la communauté, qui est d'être personne. Par rapport à cette qualité il n'y a rien de commun entre elle et la société ordinaire. La société est une réunion de plusieurs personnes, qui restent toutes et chacune des personnalités distinctes. La communauté est une personne elle-même, et c'est cette qualité fictive, cette attribution donnée par le pouvoir législatif, qui la constituent un être à part. De cette différence fondamentale résultent des différences notables dans les manifestations extérieures des deux institutions. Ainsi, dans la communauté, ce ne sont pas les membres qui ont les droits acquis, mais la communauté elle-même; tandis que, dans la société, chaque membre a sa part déterminée dans les biens ainsi que dans les obligations. Dans la société, chacun garde son individualité; de là il suit qu'aucune décision obligatoire ne peut être prise contre le gré d'un seul membre, à moins que tous les membres ne se soient d'avance soumis à une restriction de leur droit individuel. Dans la communauté, au contraire, où l'individualité des personnes qui se trouvent en faire partie n'est pas un élément constitutif, pareil droit n'appartient point aux membres; les décisions doivent être prises de la manière prescrite par les statuts; et si les statuts n'ordonnent rien à cet égard, il ne reste d'autre moyen rationnel de suppléer à cette lacune, que de laisser à la majorité le soin de décider les questions qui peuvent se présenter. C'est encore par la même raison, que la société se dissout par la séparation d'un seul membre, tandis que la corporation continue de subsister, tant que ses éléments constitutifs existent, n'y eût-il plus un seul des membres qui l'ont fondée [32].

§ 110. *Des établissements de bienfaisance.* Piæ causæ [33].

Nous trouvons dans nos sources diverses espèces de *piæ causæ*, auxquelles la qualité de personne est accordée. De ce nombre sont les églises, les monastères, les hospices d'orphelins, les hôpitaux, etc. Sous la république le culte tenait étroitement à l'organisation politique de l'État, et les

[32] *Voy.* encore sur cette question, ci après, tome II, § 310.

[33] Nous comprenons par ce mot divers établissements auxquels les Romains n'ont point donné de nom général. Les modernes les appellent ordinairement *piæ causæ*, *pia corpora*.

frais des cérémonies étaient faits par la république, les tribus, les *gentes*, etc. (§ 10). Cependant nous trouvons déjà d'assez bonne heure des biens appartenant aux *templa* [34], et nous lisons dans Ulpien que des dispositions législatives avaient accordé la qualité de personne à certaines divinités, en les déclarant capables d'être instituées dans un testament [35].

La bienfaisance était également une charge de la république [36] et des villes, dont les dispensateurs étaient les magistrats ordinaires ou bien des administrateurs particuliers [37]. Les progrès du paupérisme firent créer, au septième siècle, des distributions de blé, qui furent réglées avec grand soin par des dispositions législatives tant sous la république que sous l'empire [38]. Les empereurs furent amenés à s'occuper de mesures analogues en dehors de la ville de Rome, et nous trouvons à partir de Nerva des établissements spéciaux destinés à fournir des aliments aux orphelins et enfants des pauvres en Italie [39], et des fonctionnaires impériaux chargés de surveiller ce service [40]. Une table d'airain trouvée à Mezinesso, dans le duché de Plaisance, sous les ruines de la ville de Velleia, nous a conservé une longue inscription connue sous les noms de *Obligatio prædiorum* ou *Tabula alimentaria Trajani*, et qui contient une série d'actes constitutifs d'hypothèques pour sûreté d'un fonds de 1,116,000 sesterces (environ

[34] Varron, *de l. l.* VIII (VII), 41 (p. 72, ed. Gothofr.). « *Fanorum* servi. » - Fr. 20, § 1, D., *de annuis legatis*, 33, 1. « Ceterum datum *templo*. »

[35] Ulpien, XXII, 6. « Deos heredes instituere non possumus, præter eos, quos senatusconsulto, constitutionibus Principum concessum est : sicuti Jovem Tarpejum, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, matrem Deorum Sipyleusem quæ Smyrnæ colitur, et cœlestem Salinensem Carthaginis. »

[36] Denys d'Hal., III, 21, rapporte que, d'après une loi, encore en vigueur de son temps, les enfants *trigemini* (τρίδυμοι), recevaient, en commémoration des trois Horaces, des aliments de l'*ærarium* jusqu'à l'âge de la puberté.

[37] Ce fait est constaté par un grand nombre d'inscriptions où figurent des magistrats municipaux, sous les noms de *curatores* et *quæstores pecuniæ alimentariæ*, etc. — *Voy.* entre autres, Orelli, *Inscr.*, nos 2155. 3908. 3991. - Reinesius, *Inscr.*, VI, 24. - Cf. Tabula Heracl., linea 17.

[38] D'après une loi de C. Gracchus (631), la république vendait aux indigents le blé à un prix réduit de moitié environ. Appien, *de bell. civ.*, II, 21. - Plutarque, *C. Gracchus*, 5. - *Vell. Paterc.*, II, 6.—En 692, le sénat fit des distributions gratuites, et cette mesure, généralisée par une loi de Clodius (696), acheva la démoralisation du peuple. Le mode de ces distributions, qui finirent par devenir une charge régulière et permanente de l'État, fut sous les empereurs réglementé avec le plus grand soin. — *Voy.* en general M. Walter, *Gesch. der röm. Rechts*, §§ 276. 278.

[39] Aurélius Victor, *de Cæsar.*, 12. « (Nerva) puellas puerosque natos parentibus egestosis, sumtu publico per Italiæ oppida ali jussit. » - Trajan. Xiphilin., *excerpta*, lib. 68. - Pline, *Paneg.*, 26, 28. Spartian., *Adrien*, 7. — Antonin le Pieux. Capitol., *Antonin.*, 8. — Marc-Aurèle. Capitol., *Marcus*, 26. — Alexandre Sévère, Lamprid., *Sévère*, 56. — Capitol., *Pertinax*. - Tit. Th. C., *de alimentis quæ inopes parentes de publico petere debent*, 11, 27.

[40] Capitol., *Pertinax*, 4. - Spartian., *Didius Julianus*, 1. - Orelli, *Inscr.*, 3145. 3908. 3933.

280,000 francs) destiné, sous les auspices de Trajan, à servir à l'éducation d'un certain nombre d'enfants légitimes et illégitimes [41]. D'autres inscriptions constatent l'existence de plusieurs fondations analogues [42]. Toutefois, ce ne fut que sous les empereurs chrétiens que les églises et les établissements de bienfaisance furent organisés d'une manière régulière et uniforme. Ces institutions acquirent dès lors une grande importance, que les successeurs de Constantin cherchèrent à étendre au moyen de nombreux priviléges [43].

En examinant les rapports de droit dans lesquels ces établissements peuvent se trouver, il faut surtout se garder de considérer les administrateurs, qui sont ordinairement à la tête de l'institution, comme formant une corporation, et de les prendre pour le sujet de la personne juridique [44]. Les administrateurs ne sont que les fonctionnaires de la personne civile; ce qui constitue cette personne, c'est le but pour lequel elle est instituée.

[41] Cette inscription se compose de deux parties, dont la première est relative à une fondation de 1,044,000 sesterces, pour l'alimentation de 279 enfants légitimes et de 2 enfants illégitimes. Elle porte l'intitulé suivant : « OBLIGATIO PRÆDIORUM OB HS DECIENS QUADRAGINTA QUATTUOR MILIA UT EX INDULGENTIA OPTIMI MAXIMIQUE PRINCIPIS IMP. CÆS. NERVÆ TRAIANI AUG. GERMANICI DACICI PUERI PUELLÆQUE ALIMENTA ACCIPIANT LEGITIMI N. CCXLV IN SINGULOS HS. XVI N. F. HS. XLVII XL N. LEGITIMÆ N. XXXIV SING. HS XII N. F. HS. IV DCCCXCVI SPURIUS I HS CXLIV. SPURIA I HS CXX. SUMMA HS LIICC, QUÆ FIT USURA ⁚ · ⁚ SORTIS SUPRA SCRIPTÆ. » Suivent un grand nombre de déclarations de propriétaires du pays de Velleia qui grèvent leurs immeubles d'hypothèques pour la sûreté du capital affecté à ce service. — La seconde partie avec un intitulé analogue se rapporte à une fondation de 72,000 sesterces pour l'alimentation de 19 enfants légitimes. Elle est suivie de six déclarations d'hypothèques.

[42] Une inscription trouvée à Milan, d'où il résulte que Pline le Jeune avait fait un don considérable, destiné à divers objets d'utilité publique, et entre autres *in alimento puerorum ac puellarum plebis urbanæ*, est transcrite dans TERRASSON, *Hist. de la jurispr. rom.*, Appendice, p. 43, note *o*. — Deux autres inscriptions analogues ont été découvertes depuis peu. Voici le texte de l'une d'elles d'après M. GIRAUD, *Histoire du droit français au moyen âge*, t. I, p. 160 sqq. « IMP. CÆS. NERVA TRAIANO AUG. GERMANIC. IIII. A. ARTICULEIO PÆTO II. COS. OB LIBERALITATEM OPTIMI MAXIMIQUE PRINCIPIS OBLIGARUNT PRÆDIA DE PROPRIO LIGURES BÆBIANI ET CORNELIANI, UT EX INDULGENTIA EJUS PUERI PUELLÆQUE ALIMENTA ACCIPIANT. »

[43] Nous mentionnerons ces priviléges aux endroits convenables. Par rapport aux églises, nous remarquons les dispositions suivantes : Si un testateur institue héritier Jésus-Christ, il est censé avoir institué l'église de son domicile. Si c'est un archange ou un martyr qui est institué, la libéralité revient à l'église consacrée à ce saint dans le lieu du domicile du testateur, ou à défaut dans la province où il avait son domicile, etc. L. 26, C., *de SS. eccles.*, 1, 2. (non glosée). - *Nov.* 131, c. 9. — Pour les autres établissements destinés à secourir les indigents, les voyageurs, les orphelins, les malades, les vieillards, les enfants nouveau-nés (*ptochia, xenodochia, orphanotrophia, nosocomia, gerontocomia, brephotrophia*) voy. L. 24, 28, 33, § 7. C., *de SS. Eccl.*, 1, 2.- L. 35, 46, 49. C., *de episc. et cler.*, 1, 3. -*Nov.* 131, c. 11, 12, 15.

[44] Ainsi déjà dans l'antiquité les corporations des prêtres étaient distinctes des *templo et fano*. *Voy.* ci-dessus, § 107, note 4, et § 108, notes 10 et 12.

§ 111. *Du fisc* *.

Dans les derniers temps de l'empire, on se sert du mot *fiscus* pour désigner l'État considéré comme sujet de droits civils, ou bien le patrimoine de l'État, considéré comme personne civile [45]. Nous avons vu, dans l'introduction (§§ 53 et 79), comment le fisc, qui dans le principe ne comprenait que le patrimoine privé de l'empereur, finit par absorber le trésor public, *ærarium*. Il est vrai que l'on distingue encore quelquefois nominativement le trésor de l'État, *ærarium sacrum*, et celui de la couronne, *fiscus;* mais cette distinction est purement administrative. Une autre division, qui est fondée dans la nature des choses, est celle qu'on établit entre le patrimoine de l'État ou de la couronne, *fiscus*, et le patrimoine privé de l'empereur considéré comme individu, *res privata*; car le fisc est une personne civile, tandis que l'empereur, par rapport à ses *res privatæ*, est une personne physique comme tout autre particulier. Toutefois, il est à remarquer qu'il dépendait du bon plaisir de chaque empereur de maintenir ou d'abolir cette distinction qui n'avait aucune importance pratique, puisque le même fonctionnaire, le *comes rei privatæ*, administrait à la fois le patrimoine privé du prince et une grande partie des biens de la couronne [46]. Au reste, déjà sous Alexandre Sévère on attribuait à la cassette de l'empereur et même de l'impératrice les mêmes priviléges qu'au fisc [47].

Nous indiquerons aux endroits convenables les nombreux priviléges dont le fisc jouissait par rapport au droit privé. Nous devons cependant mentionner ici une règle de droit, qu'on a souvent mal interprétée, en disant que dans le doute il faut prononcer contre le fisc, *in dubio contra fiscum*. L'application générale et absolue de cette règle, surtout aux questions de fait qui pourraient paraître douteuses dans un procès, constituerait souvent une violation ouverte du droit. Il est vrai que l'idée se trouve dans un fragment du jurisconsulte Modestin [48]; mais le mot « *respondere,* » que nous y lisons, suffit pour prouver que Modestin a voulu simplement guider les jurisconsultes appelés à donner un avis de droit. Dans pareil cas, dit-il, on ne doit attribuer de priviléges au fisc que pour

* Titt. D., *de jure fisci*, 49, 14. - C., *eodem*, 10, 7.

[45] Le mot *fiscus* désigne originairement un cabas, dont on se servait pour recueillir les fruits. « *Fiscos*..., quibus ad premendam oleam utimur. » Fr. 19, § 2, D., *locati cond.*, 19, 2. — On employait également ces cabas pour faire des envois d'argent.

[46] *Voy.* ci dessus, § 79.

[47] Fr. 6, § 1, D., *h. t.*, 49, 14. « Quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Cæsaris ratio et Augustæ habere solet. »

[48] Fr. 10, D., *eodem*. « Non puto delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit. »

autant que la loi les lui accorde expressément; quand cela n'est pas, en d'autres termes, quand il y a doute, il faut les lui refuser. Pris dans ce sens, le passage cité ne fait autre chose qu'appliquer au fisc la règle générale, qu'on ne doit point étendre les *jura singularia*.

TITRE TROISIÈME.

DES CHOSES.

—

NOTION. — RES IN COMMERCIO. RES EXTRA COMMERCIUM.

§ 112.

Dans le langage ordinaire, on appelle chose tout objet matériel hors l'homme. En droit, le mot chose, *res*, a une signification plus étendue : il comprend non-seulement les objets matériels, mais encore les actions de l'homme, et en général tout ce qui peut être un objet de droit.

Cette idée a encore subi des modifications dans la législation romaine. De même que l'idée de *persona*, elle a été étendue et restreinte. La loi l'a étendue, en déclarant choses les esclaves qui, en cette qualité, sont la propriété de leurs maîtres [1]. Elle l'a restreinte, en statuant qu'on ne peut avoir de droit sur certains objets qui, d'après l'idée originaire, entreraient dans la catégorie des choses. On appelle ces objets *res extra commercium* [2].

Sont hors du commerce :

1° Les choses que la nature semble avoir destinées à l'usage de tout le monde, et que, par ce motif, les Romains appellent *communa omnium*, telles que l'air, l'eau courante, la mer et par suite les rivages de la mer [3].

[1] Gaius, II, 13. (Fr. 1, § 1, D., *de divisione rerum et qualitate*, 1, 8). *Corporales* (res) hæ sunt, quæ tangi possunt, veluti fundus, *homo*, vestis... » - § 22, I, *de legatis*, 2, 20. « Si generaliter servus, vel *alia res* legetur... » - Gaius va plus loin encore au Fr. 9, D., *de usurp.*, 41, 3. « Usucapionem recipiunt maxime *res corporales*, exceptis rebus sacris... item *liberis hominibus*. »

[2] En parlant de ces choses, les Romains disent *res, cujus commercium non est*, § 4, I, *de legatis*, 2, 20. - Fr. 6, pr. D., *de contrah. emt.*, 18, 1. - Fr. 39, § 10, D., *de legatis*, I, (30). — La division que nous donnons est indiquée dans Gaius, II, 2, et Pr. I, *de rer. div.*, 2, 1. « (Res), quæ vel in patrimonio nostro sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. »

[3] § 1, I, *de rer. div.*, 2, 2. « Et quidem naturali jure *communia* sunt *omnium* hæc : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium,

2° Les choses destinées à l'usage de tous les membres de la république, *res publicæ*. Les Romains comprennent sous cette dénomination les fleuves, les ports, et les rives des fleuves pour autant qu'elles sont nécessaires à la navigation [4], les grandes routes [5] et, en général, tout lieu appartenant à l'État et destiné à l'usage de tous [6].

3° Les choses destinées à l'usage des membres d'une commune, les théâtres, les arènes, etc., *universitatis res, res civitatum* [7].

4° Enfin une catégorie de choses qu'on appelle *res divini juris*, en opposition à toutes les autres choses, dans le commerce ou hors du commerce, et que sous ce rapport on désigne par le nom de *res humani juris* [8]. Les Romains subdivisent les *res divini juris* en *res sacræ*, choses solennellement consacrées aux dieux par les pontifes, ou plus tard en général les choses consacrées au culte divin [9], *res religiosæ*, les lieux rendus sacrés

sicut et mare. - Fr. 2. 3. 4, pr. 5, § 1, D., *de div. rer.*, 1, 8. *Voy.* cependant ci-après, note 11. — Sur la signification du mot *litus*, *voy.* § 3, 1, *de rer. divis.*, 1, 2. - Fr. 96, pr. D., *de verb. signif.*, 50, 16, comparé avec Fr. 112, D., *eodem*, et Cic., *Top.*, 7 in f. — Le long de leur territoire, les Romains considéraient les rivages de la mer comme appartenant à la république. « Litora, in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani sunt. » Fr. 3, pr. D., *ne quid in loco publico fiat*, 43, 8.

[4] § 2. I, *de rer. div.*, 2, 1. « Flumina autem omnia, et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. « § 4, I, *eodem*. « Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis; itaque navem ad eas applicare, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. « - Fr. 4, 5, *de divis. rerum*, 1, 8. — *Voy.*, en général, le tit. D., *de fluminibus, ne quid in flumine ripave ejus fiat, quo pejus navigatur*, 43, 12, et surtout les Fr. 1, pr. § 1-5, D., *eodem*. § 3. « Fluminum quædam publica sunt, quædam non; *publicum* flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. § 5. Ripa autem ita recte definitur : id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenent. » - Fr. 2, 3, D., *eodem*. - Tit. D., *ut in flumine publico navigare liceat*, 43, 14. — Mais *voy.* aussi Fr. 5, pr. D., *de divis. rerum*, 1, 8. - Fr. 24, pr. D., *de damno infecto*, 39, 2, et ci-après, note 13.

[5] Fr. 2, § 21. 22. 23. D., *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, 43. 8. « § 22. Viarum quædam *publicæ* sunt, quædam privatæ, quædam vicinales. *Publicas* vias dicimus, quas Græci βασιλικάς, nostri prætorias, alii consulares vias appellant. *Privatæ* sunt, quas agrarias quidem dicunt. *Vicinales* sunt viæ, quæ in vicis sunt, vel quæ in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt : quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. » - Fr. 3 pr. D. *de locis et itineribus publicis*, 43, 7.

[6] Tit., D., *de locis et itineribus publ.*, 43, 7. - Fr. 2. D., *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, 43, 8. - Tit., D., *de loco publico fruendo*, 43, 9.

[7] § 6, I., *de rer. div.* 2, 1. « *Universitatis* sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia et si qua alia sunt communia civitatum. - Fr. 6, § 1, D., *de div. rer.* 1, 8. — Abusivement ces choses sont aussi appelées *publiques*, comme appartenant à une corporation publique. - Fr. 15. 16. 17. pr. D., *de verb. signif.* 50, 16.

[8] Gaius, II, 2. - Fr. 1, pr. D , *de div. rer.* 1, 8.

[9] Gaius, II, 4. « *Sacræ* sunt, quæ *Diis superis* consecratæ sunt... 5. Sed sacrum — auctoritate — lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. » - § 8, I., *de rer. div.* 2, 1. « Sacra, sunt, quæ rite et per pontifices Deo consecratæ sunt, veluti ædes sacræ, et dona, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt. » - Fr. 6, § 3, D., *de div. rer.* 1, 8. « Sacræ autem res sunt hæc quæ *publice* consecratæ sunt, non private. Si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, *sacrum* non est, sed *profanum*. »

par l'enterrement d'un mort [10], *res sanctæ*, certaines choses considérées comme inviolables, par exemple les murs et les portes de villes [11].

Ce qui fait qu'un objet est placé hors du commerce n'est point une qualité absolue, inhérente à l'objet, mais quelque chose de relatif, savoir l'usage auquel l'objet est actuellement destiné. Ainsi, la mer est une chose commune à tous; mais le seau d'eau que j'en tire devient ma propriété; et même à l'égard de l'air, le droit romain admet une espèce de propriété, du moins pour la colonne d'air qui se trouve au-dessus de mon fonds [12]. Par la même raison, quoique les bords de la mer soient chose commune, un particulier peut y établir sa demeure et son industrie [13]. Cette considération est surtout d'une grande importance pour les choses appelées *res publicæ* et *universitatis*, qui sont susceptibles de la propriété privée, dès qu'elles cessent d'être destinées à un usage public [14]. L'exemple le plus frappant d'un pareil changement nous est fourni par le domaine

[10] GAIUS, II, 4. « ... *Religiosæ*, quæ *Diis Manibus* relictæ sunt. » - § 9, I., *de rer. div.*, 2, 1. « *Religiosum* locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum...» - Fr. 6, § 4. D., *de divis. rerum*, 1, 8. - *Voy.* encore GAIUS, II. 6. 7, et en général le Tit., D., *de religiosis*, 11, 7, et le Tit., C., *eodem*, 3, 44.

[11] § 10, I., *de rer. div.*, 2, 1 (GAIUS, II, 8) « *Sanctæ* quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus. - Fr. 8, 9, 11, D., *de div. rer.*, 1, 8. - Fr. 2, D., *ne quid in loco sacro fiat*, 43, 6. « In muris, itemque portis, et *aliis sanctis locis* aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non permittitur. » Cf. FESTUS, v. *Rituales*. — Au reste la terminologie romaine en fait de *res divini juris* n'est pas bien constante. *Voy.* FESTUS, v. *religiosus*. - MACROBE, *Saturn.*, III, 3. - GAIUS dans le *Brev. Alar.*, II, 1, 1. - ISIDORE, *Orig.*, XV, 4.

[12] Fr. 22, § 4, D., *quod vi aut clam*, 43, 24. « Si quis projectum aut stillicidium in sepulcrum immiserit, etiam si ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulcro vi aut clam factum sit, quia sepulcri sit non solum is locus, qui recipiat in humationem, sed omne etiam supra id cœlum. » - Fr. 2, in f., D., *de serv. præd. urb.*, 8, 2. - Fr. 29, § 1, D., *ad leg. Aquil.*, 9, 2.

[13] *Voy.* les §§ 1. 5, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 4, pr. D., *de div. rer.*, 1, 8. - Fr. 5, § 1, D., *eodem*. « In mare piscantibus liberum est, casam in litore ponere, qua se recipiant. » - Fr. 10, D., *eodem*. « Aristo ait : sicut id, quod in mare ædificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum. - Fr. 5, pr. D., *de div. rer.*, 1, 8 (§ 4, I., *de rer. div.*, 2, 1.) « Riparum *usus publicus* est juris gentium, sicut ipsius fluminis... Sed proprietas earum illorum est quorum prædiis adhærent; qua de causa arbores quoque in hisdem natæ eorumdem sunt. » - Fr. 24, pr. D., *de damno infecto*, 39, 2. « Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et littorum. In his igitur publice licet cuilibet ædificare et distruere, cum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat... » - Fr. 3, § 1. Fr. 4, D., *ne quid in loco publ.*, 43, 8. - Fr. 1, § 17, D., *de flumin.*, 43, 12. - Cf. Fr. 30, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1. « Quamvis quod in littore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum Prætoris adhibendum est, ut id facere liceat. » — Sur la question de savoir comment la propriété ainsi acquise se conserve et se perd, *voy.* Fr. 6, pr. D., *de divis. rerum*, 1, 8. - Fr. 14. 30, § 4, D., *de acquir. rer. dom.*, 41, 1.

[14] Aussi toutes les choses appartenant à une corporation politique ne sont-elles point hors du commerce; ce n'est que l'usage public auquel elles sont destinées qui les rend impropres à devenir l'objet de la propriété privée.

public romain, qui finit par devenir propriété privée, soit par des ventes et des assignations, soit même par usurpation des particuliers [15]. A l'égard des *res divini juris*, nous trouvons également dans nos sources que les *res sacræ* peuvent, dans certains cas, rentrer dans le commerce [16]; qu'un endroit n'est plus *religieux*, quand le corps enterré en est enlevé [17], et il paraît évident qu'une chose doit cesser d'être *sancta* quand elle ne se trouve plus dans les conditions qui lui donnaient cette qualité.

Observation. Les choses mentionnées sous les numéros 1 et 4 sont appelées *res nullius*, comme n'appartenant et ne pouvant appartenir à personne. Telle est en effet la nature des *res communes* et des *res divini juris*, tandis que les *res publicæ* et *universitatis*, quoique soustraites au commerce, sont censées appartenir à l'État et aux communes, considérés comme corps politiques [18]. Mais on se sert également du mot *res nullius* pour désigner les choses qui, sans être hors du commerce, n'ont point de maître pour le moment, soit qu'elles n'en aient jamais eu, soit que l'ancien maître les ait abandonnées, *res derelictæ*. Ces *res nullius* peuvent être acquises; elles deviennent la propriété de celui qui s'en empare le premier [19].

DIVISION DES CHOSES [20].

§ 113. *Choses corporelles.* — *Choses incorporelles.*

A proprement parler, toute chose est corporelle, tombe sous les sens extérieurs; mais l'idée du mot chose étant plus étendue dans le langage

[15] *Voy.* ci-dessus, § 34, notes 9 et suivantes.

[16] § 8, I., *de rer. divis.*, 2, 1. « ... Quæ (sacra) etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemtionis captivorum. » - Fr. 83, § 5, D., *de verborum obligat.*, 45, 1. - L. 21, C., *de SS. Eccles.*, 1, 2. - *Nov.* 7, c. 8. - *Nov.* 120, c. 10. — *Voy.* cependant Fr. 6, § 3, D., *de divis. rer.*, 1, 8. « ... Semel autem æde sacra facta, etiam diruto ædificio, locus sacer manet, » et § 8 in f. I., *cité*.

[17] Fr. 44, § 1, D., *de relig.*, 11, 7. « Cum autem impetratur, ut reliquiæ transferantur, desinit locus religiosus esse. » — L. 1, 14, C., *eodem*, 3, 44.

[18] § 7, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 1, pr. Fr. 6, § 2, D., *de div. rer.*, 1, 8. - Fr. 9, D., *de usurpat.*, 41, 3. « Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis *populi romani et civitatum*, item liberis hominibus. » - Fr. 15, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quæ populi romani sunt. » - Fr. 16, D., *eodem*. « ... Nam *publica* appellatio in compluribus causis ad populum romanum respicit; civitates enim *privatorum* loco habentur. »

[19] *Voy.* ci-après, § 184 et § 200, n° 11.

[20] Dans cette introduction, qui ne contient que des notions générales, nous ne pouvons expliquer que les divisions qui ont un intérêt général, sauf à indiquer les autres quand nous traiterons des matières auxquelles elles se rapportent. Ainsi nous parlerons de la grande division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi* au titre *de la propriété*, parce qu'elle n'a d'importance que par rapport à l'acquisition de ce droit.

de droit, les Romains ont appelé choses incorporelles tous les objets de droit qui ne sont pas matériels (§ 112), ou, comme dit Justinien : CORPORALES *hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt*, INCORPORALES *autem sunt, quæ tangi non possunt* [21]. D'après cette définition, aucun droit ne peut certes être rangé parmi les choses corporelles [22], mais on confond aisément le droit avec ce qui en fait l'objet, par la raison toute naturelle que ce dernier n'a d'importance sous le point de vue juridique que pour autant qu'un droit s'y rattache. Or, parmi les droits il en est un qui ne s'applique qu'aux choses corporelles, *quæ tangi possunt*. C'est le droit de propriété, qui se confond d'autant plus facilement avec la chose qui en est l'objet, qu'il l'embrasse tout entière. Aussi, depuis les temps les plus reculés, pour indiquer qu'on avait le droit de propriété sur une chose, on disait : *hæc res* MEA *est* [23]. De là vient qu'on oppose souvent le droit de propriété comme chose corporelle aux autres droits, choses incorporelles [24]. Au reste, cette distinction n'a point d'importance majeure; seulement l'emploi de ces termes nous permet quelquefois d'éviter des circonlocutions quand il s'agit de distinguer entre le droit de propriété et tout autre droit quelconque. Sous ce point de vue le mot *res incorporalis* peut donc comprendre les droits personnels, les droits d'obligations et tous les droits réels, à l'exception du droit de propriété [25].

§ 114. *Meubles. — Immeubles.*

Par immeuble on entend toute partie du sol. Mais on considère également comme immeuble, comme faisant partie du sol : 1° tout ce qui se trouve naturellement, c'est-à-dire sans le fait de l'homme, au-dessous du sol, par exemple les couches de terre ou de minerai qui se trouvent

[21] Tit. 1., *de rebus corporalibus et incorporalibus* 2, 2. (GAIUS, II, 12. 13.) - Fr. 1. § 1, D., *de divis. rerum*, 1, 8.

[22] C'est ce que Justinien dit lui-même au § 2, I., *h. t.* « Incorporales autem sunt quæ tangi non possunt. Qualia sunt ea, quæ *in jure consistunt* : sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ. » Le raisonnement qui suit : « Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur :... nam ipsum *jus* hereditatis... incorporale est, » s'applique aussi bien au droit de propriété qu'au *jus hereditatis*. — *Voy.* au reste encore CIC., *Topica*, 5. *verb.* « Definitionum autem duo sunt genera... »

[23] *Voy.* ci-après, §§ 162. 179.

[24] *Vat. fragm.* 92. « ... Sicut *corpora* vindicanti, ita et *jus*, satisdari oportet. » — Fr. 8, pr. D., *quib. mod. pign. solv.*, 20, 6. « Sicut *re corporali* extincta, ita et *usufructu* extincto, pignus hypothecave perit. » - Fr. 3, pr. D., *de bonor. poss.*, 37, 1. « Bona.. sive in *corporibus* sunt, sive in *actionibus*. » - Fr. 13, § 1, D., *de damno infecto*, 39, 2. « Sive *corporis dominus*, sive is qui *jus habet*, utputa servitutem... »

[25] ULPIEN, XIX, 11, énumère même parmi les *res incorporales* la tutelle des ascendants, *tutela legitima*.

sous un terrain, les houilles, les métaux, etc. [26]; 2° tout ce qui est uni ou incorporé au sol, soit d'une manière organique, par exemple les arbres, les plantes [27], soit d'une manière artificielle, par exemple les maisons et autres constructions, ainsi que tout ce qui est fixé à perpétuelle demeure, *vincta fixaque* [28].

Au reste, tous les objets compris dans ces trois catégories cessent d'être choses immobilières dès le moment que la cause qui leur conférait cette qualité vient à cesser. Ainsi les pierres, les métaux, les arbres séparés du fonds sont choses mobilières; les constructions élevées sur un fonds cessent d'être considérées comme immobilières dès qu'elles n'y sont plus adhérentes. Les Romains appellent alors ces objets *ruta et cæsa, ruta cæsa* [29].

Tout ce qui n'est pas immeuble est chose mobilière. Parmi les choses mobilières on distingue encore, sans nécessité, les *res mobiles* et les *res moventes* ou *sese moventes* [30].

Observation 1. La division en meubles et immeubles ne s'applique, en droit romain, qu'aux objets matériels [31]. Les modernes l'ont étendue aux droits, en donnant le nom de choses immobilières aux droits réels qui se rapportent à des immeubles, et en considérant comme choses mobilières les droits réels qui s'attachent à des meubles, ainsi que tous les autres droits quelconques.

Observation 2. Il n'est pas inutile de faire connaître la signification habituelle des termes que les Romains emploient pour désigner les différentes parties du sol, ainsi que les accessoires du sol [32]. *Fundus* ou

[26] *Voy.* ci-après, note 29.

[27] Fr. 44, D., *de rei vindic.*, 6, 1. « Fructus pendentes pars fundi videntur. »

[28] Fr. 211, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « *Fundi* appellatione omne ædificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana ædificia *ædes*, rustica *villæ* dicuntur. » - Fr. 13, § 31. Fr. 14. 15. 17. 38, § 2, D., *de actionibus emti venditi*, 19, 1.

[29] Fr. 241, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « In *rutis cæsis* ea sunt, quæ terra non tenentur, quæque opere structili tectoriove non tenentur. » - Fr. 17, § 6, D., *de act. emt. vend.*, 19, 1. « Si *ruta et cæsa* excipiuntur in venditione, ea placuit esse *ruta*, quæ eruta sunt, ut arena, creta et similia; *cæsa* ea esse, ut arbores cæsas et carbones et his similia. »

[30] *Vaticana fragm.* 293. - Fr. 1, pr. D., *de Ædil. ed.*, 21, 1. - L. 2, pr. 3, C., *de quadriennii præscript.*, 7, 37.— Souvent aussi les mots *res moventes, moventia* sont employés comme synonymes de *res mobiles.* Fr. 2, D., *de supellectile legata*, 33, 10. - Fr. 15, § 2, D., *de re judicata*, 42, 1. - Fr. 93, D., *de verb. signif.*, 50, 16.

[31] Fr. 15, § 2, D., *de re judicata*, 42, 1. « In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem *res mobiles*... pignori capi jubent, mox distrahi;... si non suffecerit, etiam *soli* pignora capi jubent et distrahi;... quod si nec quæ soli sunt sufficiant vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad *jura.* » — L. un. § 7, C., *de rei uxor. act.*, 5, 13. « ... In rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus : ceteris videlicet rebus, quæ solo continentur... » - L. 2, pr. 3, C., *de quadriënn. præscr.*, 7, 37.

[32] Nous saisissons cette occasion pour faire observer que les termes dont se servent les jurisconsultes romains n'ont pas toujours la signification absolue et exclusive que nous avons l'habitude de leur donner quand nous les employons comme termes techniques. Très-souvent dans un cas donné le sens d'un mot est déterminé par le terme auquel on l'oppose. Nous en avons déjà vu des exemples aux §§ 101 et 105 obs.

prædium signifie en général tout bien-fonds ; mais anciennement on n'entendait par là que le sol lui-même, sans bâtiments [33]. *Ager* est un immeuble destiné à la culture. Le mot *ædes* comprend ordinairement les bâtiments avec le terrain sur lequel ils sont élevés ; mais quelquefois il désigne les bâtiments, abstraction faite du terrain ; cependant le mot *ædificium* est plus usité dans ce sens. Le terrain seul, sans les bâtiments, s'appelle *solum* [34]. Par *prædium rusticum* on entend ordinairement un immeuble destiné à la culture, et par *prædium urbanum*, un fonds couvert de bâtiments, peu importe que les fonds soient situés en ville ou à la campagne. Enfin, dans une autre application, on entend par *prædia rustica* et *suburbana* tous les immeubles produisant des fruits [35].

§ 115. *Choses fongibles. — Choses non fongibles.*

Il y a des choses qui sont d'un genre si homogène que tout individu de l'espèce équivaut à tout autre individu de la même espèce. Ainsi un franc est par tout le monde considéré comme l'équivalent de toute autre pièce d'un franc ; un hectolitre de froment d'une certaine qualité est l'équivalent d'un autre hectolitre de froment de la même qualité.

Par contre, d'autres choses ont une valeur déterminée par leur individualité. Un cheval n'est point équivalent de tout autre cheval ; une maison peut avoir une valeur beaucoup plus grande qu'une autre.

Pour les choses dont nous avons parlé en premier lieu, il est en général indifférent qu'on en ait tels ou tels individus, pourvu qu'ils appartiennent à la même espèce. C'est pour cela que les commentateurs leur ont donné le nom de *res fungibiles* *, choses dont l'une peut représenter l'autre. Les Romains disent *res quæ pondere, numero, mensura constant*. La deuxième catégorie a reçu le nom de *res non fungibiles* * [36].

[33] CICÉRON, *Top.*, 4. « Quoniam usus auctoritas *fundi* biennium est, sit etiam *ædium*. At in lege *ædes* non appellantur, et sunt *ceterarum rerum*, quarum annuus est usus. » — GAIUS, II, 41.

[34] Fr. 211, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « *Fundi* appellatione omne ædificium et omnis ager continetur ; sed in usu urbana ædificia *ædes*, rustica, *villæ* dicuntur. Locus vero sine ædificio in urbe *area*, rure autem *ager* appellatur. Itemque ager cum ædificio fundus dicitur. » — *Voy.* aussi le Fr. 115, D., *eodem*. - Fr. 21, D., *de pignor. act.*, 13, 7. « Domo pignori data et *area* ejus tenebitur ; est enim pars ejus : et contra, jus *soli* sequitur ædificium. » — Cependant souvent *solum* est synonyme de *fundus* en général. Fr. 17, § 2, D., *de re judic.*, 42, 1. (*voy.* note 30), et Fr. § 3, D., *unde vi*, 43, 16.

[35] *Voy.* ci-après, §§ 218 sqq. et t. III, § 428.

[36] C'est un passage de Paul qui a donné naissance au mot *fungibilis* *. Fr. 2, § 1. D., *de rebus creditis*, 12, 1. « Mutui datio consistit in his rebus, *quæ pondere, numero, mensura constant*, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia *in genere suo functionem recipiunt* per solutionem magis quam specie... » *Voy.* encore Fr. 2, § 3, D., *eodem*. - Fr. 30, pr. D., *de leg. I* (30). - Fr. 1, § 7, D., *ad legem Falcid.*, 35, 2. - Fr. 29, D., *de solutionibus*, 46, 3.

Au reste, ces idées sont relatives ; il se peut qu'un objet soit, dans un cas donné, chose non fongible, tandis qu'il serait chose fongible dans tout autre cas, par exemple : un livre dont l'auteur m'aurait fait hommage, une médaille, etc. [37].

On a appliqué notre division aux travaux de l'homme considérés comme objets d'un droit d'obligation. En effet, il en est qui ont une valeur toute particulière par l'individualité de l'homme qui les exécute, par exemple le travail d'un peintre, d'un sculpteur. On les considère comme choses non fongibles, tandis qu'on appelle fongibles ceux dont la valeur ne dépend point de l'individualité de l'exécutant, par exemple le travail d'un journalier [38].

Observation. On ne doit pas confondre les choses qui se consomment par l'usage, avec les choses fongibles, quoique, à la vérité, la plupart des choses fongibles, et particulièrement l'argent monnayé, se consomment par l'usage [39].

§ 116. *Choses divisibles. — Choses indivisibles.*

On appelle chose divisible celle qui peut être divisée en plusieurs parties dont chacune forme un ensemble homogène et analogue, tant aux autres parties qu'à la chose elle-même. Toute autre chose est indivisible dans le sens légal. Ainsi un fonds de terre est divisible, une maison ne l'est pas ; une somme d'argent est divisible, une pièce d'argent, indivisible [40]. La question de savoir si une chose est divisible ou indivisible n'a de l'importance que lorsque la chose appartient à plusieurs personnes. Cela peut avoir lieu de deux manières : 1° Chacune des personnes a son droit sur une partie déterminée de l'objet en question. Alors on dit qu'elles ont la chose

[37] *Voy.* d'autres applications : Fr. 4, D., *commodati*, 13, 6. « Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. » — Fr. 24, D., *depositi*, 16, 3 ; et ci-après § 321 vers la fin.

[38] Fr. 6. 8. 9, pr. D., *de operis libertorum*, 38, 1. - Fr. 26, § 12 in f., D., *de condict. indeb.*, 12, 6. - Fr. 54, § 1, D., *de verb. obl.*, 45, 1. — *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 276.

[39] Cela est encore vrai à l'égard des choses que les jurisconsultes romains ont l'habitude de prendre pour exemples des choses fongibles : *triticum, vinum, oleum*. Mais il est facile de trouver beaucoup de choses fongibles qui ne se consomment pas par l'usage. Nous verrons plus tard que, sous le rapport juridique, les choses fongibles n'ont rien de commun avec les choses qui se consomment par l'usage.

[40] Le terme romain pour désigner une chose indivisible est *individuum*; et l'on appelle *indivisum* une chose qui n'est pas divisée, bien qu'elle puisse être susceptible de division. Fr. 6, § 1, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - Fr. 1, § 9. Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcid.*, 35, 2. — Toutefois ces termes sont quelquefois employés l'un pour l'autre. Fr. 32, § 6, D., *de admin. tutor.*, 26, 7, où nous lisons *individua hereditas* au lieu de *indivisa h.*, et Fr. 26, § 2, D., *de leg. I* (30) : « *Res naturaliter indivisæ* » au lieu de « *res individuæ*. » — *Voy.* encore Fr. 65, D., *de evict.*, 21, 2.

pro diviso, qu'il y a *partes certæ, partes divisæ*. 2° Aucune des personnes n'a un droit exclusif sur une partie déterminée de la chose, mais elles exercent toutes ensemble leur droit sur la totalité de l'objet, de sorte que l'exercice que l'une en ferait est limité et restreint par le droit des autres. Elles ont la chose *pro indiviso*, il y a *partes indivisæ, incertæ* [41].

La même distinction a été appliquée aux droits. On les considère comme divisibles ou indivisibles selon la nature de leur objet. A l'égard de certains droits cette appréciation est facile. Ainsi il est évident pour tout le monde que les droits personnels, par exemple, la liberté, le droit de cité, les droits de famille ne sont susceptibles d'aucune division [42]. Mais à l'égard des droits patrimoniaux l'application de notre distinction offre des difficultés assez grandes que nous ne pourrons aborder que lorsque nous traiterons des divers droits en particulier. Ici nous nous bornerons à dire que la loi romaine déclare indivisibles les hypothèques, les servitudes à l'exception de l'usufruit, et les obligations ayant pour objet une prestation qui ne peut être faite partiellement [43].

§ 117. *Universitas rerum.*

Un certain nombre de choses peuvent être considérées comme ne formant qu'un tout, un ensemble, par exemple un troupeau, un magasin, une bibliothèque. A la rigueur, on pourrait dire que le droit n'a pas à s'occuper de cette abstraction, que chacune des choses qui forment l'ensemble est une chose par elle-même, et, comme tel, un objet de droit; que par conséquent une *universitas rerum* se compose réellement de plusieurs choses, dont chacune peut et doit être considérée séparément. C'est en effet ainsi que les Romains comprennent ces *universitates rerum*, surtout quand il s'agit de questions de propriété, qui peuvent s'élever à leur égard. Toutefois il est des cas dans lesquels ont fait abstraction des individus qui composent l'*universitas* pour ne tenir compte que de l'ensemble. Cela se fait surtout quand la chose est considérée sous le rapport de l'*usage* qu'on

[41] Fr. 5, D., *de usufructu*, 7, 1. - Fr. 25, D., *quibus modis usufructus amittatur*, 7, 4. - Fr. 36, D., *de servit. præd. urban.*, 8, 2. - Fr. 6, § 1, D., *communia prædiorum*, 8, 4. - Fr. 66, § 2, D., *de leg. II* (31). « ... Namque plures in uno fundo dominium juris *intellectu*, non *divisione* corporis obtinent. » - Fr. 7, pr. D., *de exceptione rei jud.*, 44, 2. - Fr. 5, D., *de stipul. servorum*, 45, 3. « Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed *pro partibus utique indivisis*, ut *intellectu* magis partes habeant quam *corpore*. » - Fr. 25, § 1, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Quintus Mucius ait, partis appellatione rem *pro indiviso* significari, nam quod *pro diviso* nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter *partis* appellatione utrumque significari. »

[42] Fr. 30, D., *de liberali causa*, 40, 12.

[43] *Voy.* ci-après : pour les servitudes, § 211 ; pour le droit d'hypothèque, §§ 240, 254 ; pour les obligations, t. II. § 276.

en peut faire [44]. — L'application de cette idée aux droits est d'une grande importance. Le droit romain comprend souvent plusieurs droits sous un même nom, pour indiquer qu'ils forment l'objet d'une seule relation de droit. C'est ce qui arrive particulièrement quand on envisage les droits par rapport à l'individu qui les possède. Ainsi l'on dit : la fortune, le patrimoine d'une personne, c'est-à-dire, tous les droits qui appartiennent à cette personne, considérés comme un ensemble. Cette idée a été appliquée aux diverses conditions de la vie sociale, notamment aux cas où l'ensemble des droits d'un individu devient l'objet d'une relation juridique entre différentes personnes. Ainsi quand, après la mort d'un homme, il s'agit de savoir à qui ses biens seront transférés, on les regarde comme une *universitas*, appelée succession héréditaire, *hereditas*. De même les biens qu'une femme rapporte en mariage et dont elle peut demander la restitution aprés la dissolution du mariage, sont compris dans la dénomination générale de dot, *dos*. Enfin on appelle *peculium* la totalité des biens qu'un esclave ou un fils de famille peut avoir par lui-même, abstraction faite de la puissance du père de famille [45].

Les commentateurs désignent ordinairement cette dernière catégorie par le nom d'*universitates juris*, en opposition à celles qu'ils appellent *universitates facti, s. hominis*. Nous devons mentionner cette terminologie parce qu'on la met en rapport avec une règle de droit, qu'on a l'habitude de formuler dans les termes suivants : *res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*. D'après plusieurs auteurs, cette régle s'appliquerait aux *universitates juris* et non aux *universitates facti*. En d'autres termes, si une chose de l'*universitas juris* est vendue, le prix de cette chose fera partie de l'*universitas* et prendra ainsi le lieu et place de la chose qui en a été distraite ; si au contraire on achète une chose avec de l'argent de l'*universitas*, cet argent cessera d'en faire partie, mais par compensation la chose achetée y entrera. Ces effets, d'après les mêmes auteurs, n'auraient point lieu dans les *universitates facti*. La régle posée en ces

[44] Nous avons dû nous borner ici à faire connaitre ces deux manières d'envisager les *universitates rerum*, sauf à donner plus tard des détails sur cette matière, dont il est difficile de saisir le principe dominant. Voici au reste quelques passages qui contiennent l'application des deux manières de voir : § 18, I., *de legatis*, 2, 20. « Si *grex* legatus fuerit, posteaque ad *unam ovem* pervenerit, quod superfuerit vindicari potest ;... est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus. » Fr. 30, § 2, D., *de usurp.*, 41, 3. « ... Non *universi gregis* ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. » — Par contre, Fr. 31, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4 : « Cum gregis ususfructus legatus est, et *usque eo* numerus pervenit gregis, ut *grex non intelligatur*, perit ususfructus. » Fr. 10, § 8, D., *eodem*. « *Quadrigæ* usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus quæritur. Ego puto, multum interesse, equorum an quadrigæ ususfructus sit legatus ; nam si equorum, supererit in residuis, si quadrigæ, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit. »

[45] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 390 sqq. 412, 439 sqq.

termes est entièrement fausse, comme nous le prouverons ci-après par plus d'un exemple. Ici il suffit de faire observer 1° qu'elle ne souffre point d'application dans deux espèces d'*universitates juris*, savoir dans le *pécule* et dans la *dot*, et qu'elle ne s'applique à l'*hérédité* qu'avec certaines restrictions; 2° qu'il y a des cas où une *universitas facti* est soumise à la règle, par exemple quand un fonds de commerce est donné en hypothèque [46].

§ 118. *Choses principales. — Choses accessoires.*

On appelle choses principales celles dont l'existence et la nature sont déterminées par elles seules; choses accessoires, celles dont l'existence et la nature sont déterminées par une autre chose dont elles dépendent, par exemple, les portes d'une maison, les voiles d'un navire, etc. Il en est de même des objets mobiliers qui sont unis à un immeuble, ou y attachés pour le service et l'exploitation de cet immeuble [47]. Et par le même motif, si des choses mobilières se trouvent dans un rapport analogue à une autre chose mobilière, on les considère comme l'accessoire de cette dernière. Ainsi une pierre peut être l'accessoire d'une bague [48].

Dans un sens plus étendu, le mot *accessio* comprend encore les fruits qu'une chose produit, et les impenses qui ont été faites pour la chose. Dans cette acception, le mot *accessio* est synonyme de *causa rei* [49].

[46] Fr. 34, D., *de pignoribus*, 21, 1, et ci-après, § 241 vers la fin.

[47] Fr. 17, pr. § 2, 5, 7, 11, D., *de act. venditi*, 19, 1. « § 2. Fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta emtoris et legatarii sunt : ligna autem, venditoris vel heredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est : ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emtorem sequatur : si vendendi, venditorem : nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo jaceat, an acervus sit. § 7. Labeo generaliter scribit : ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse; quæ vero ad præsens, non esse ædificii; utputa fistulæ temporis quidem causa positæ non sunt ædium, verumtamen si perpetuo fuerint positæ, ædium sunt. Pali, qui vineæ causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exemti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt. » - Fr. 18, § 1. Fr. 38, § 2, D., *eodem*. - Fr. 44, D., *de evictionibus*, 21, 2. « Omnia autem, quæ conjuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, antennæ, velum, *quasi membra* navis esse. » - Fr. 12, § 23. Fr. 20, D., *de instructo vel instrum. leg.*, 33, 7. - Fr. 24, 2, D., *de verb. signif.*, 50, 16.

[48] Fr. 100, § 3, D., *de leg. III* (32). « Cui corinthia vasa legata essent, et *βάσεις* quoque eorum vasorum collocandorum causa paratas deberi, Trebatius respondit. Labeo autem id non probat, si eas *βάσεις* testator numero vasorum habuit. Proculus vero recte ait : Si æneæ quidem sint, non autem corinthiæ, non deberi. » Le principe qu'il faut suivre dans cette matière, dans laquelle au reste les difficultés sont plutôt *de fait* que *de droit*, se trouve discuté au Fr. 29, D., *de instructo vel instrum. leg.*, 33, 7. « Si navem cum instrumento emisti, præstari tibi debet scapha navis. Paulus : Immo contra; etenim scapha navis non est instrumentum navis; etenim mediocritate, non genere ab ea differt; instrumentum autem cujusque rei necesse est alterius generis esse, atque ea, quæque sit; quod et Pomponio libro septimo Epistolarum placuit. Cf. Fr. 19, § 13, D., *de auro argento leg.*, 34, 2, et Fr. 66, D., *de leg. III* (32). — *Voy.* au reste ci-après, §§ 187. 188. 189.

[49] Fr. 17, § 1, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 2, 3, § 1, Fr. 8, 38, § 7, 11, D., *de usuris*, 22, 1.

Par fruits, *fructus*, on entend les produits naturels d'une chose. Ainsi les arbres, les herbes, le blé sont des fruits de la terre; les pommes sont les fruits des arbres, et par conséquent de la terre; le croît des animaux, la laine, le lait sont le fruit des animaux dont ils proviennent [50]. Tant que les fruits sont encore attachés à la matière qui les a produits, on les appelle *pendentes* ou *stantes*. Dans cet état, ils n'ont point d'existence propre; ils sont l'accessoire de la chose qui les a produits [51]. Dès qu'ils en sont séparés, *fructus separati*, ils perdent la qualité de chose accessoire [52]. Dans le langage du droit on emploie aussi le mot *fructus* au figuré, en considérant comme fruits ce qu'une chose nous procure, sans qu'il y ait production naturelle. Dans ce sens le loyer d'une maison, le prix de ferme d'un champ, d'un capital sont fruits de la maison, du champ, les intérêts du capital [53]. On les appelle fruits civils en opposition aux autres, fruits naturels [54].

Par impenses, *impensæ, expensæ, impendia, sumtus* [55], on entend en général les frais et dépenses que nous faisons pour une chose. Elles sont regardées comme accession de la chose, si le résultat qu'elles ont produit en fait partie. Sous ce rapport on les distingue en impenses nécessaires, utiles et voluptuaires. On appelle nécessaires, *necessariæ*, les impenses qui sont indispensables pour la conservation de la chose, *quæ si factæ non sint, res peritura aut deterior futura sit;* utiles, *utiles*, celles qui, sans être de stricte nécessité, augmentent la valeur intrinsèque de la chose, par

[50] L'esclave étant considéré comme chose. les enfants d'une esclave devraient être considérés comme fruits de l'esclave. Tel est en effet l'esprit de la législation romaine; cependant on fait une exception à cette règle dans un cas spécial, en refusant au *partus ancillæ* la qualité de *fructus*. § 37, I., *de rerum divis.*, 2, 1. - Fr. 27. pr. D., *de hered. petit.*, 5, 3. - Fr. 68, pr. D., *de usufructu*, 7, 1. - Fr. 28, § 1, D., *de usuris*, 22, 1. - *Voy.* ci-après § 212.

[51] Fr. 44, D., *de rei vind.*, 6, 1. « Fructus pendentes pars fundi videntur. » - Fr. 26, § 1, D., *de furtis*, 47, 2.

[52] Fr. 48. pr. D.. *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

[53] Fr. 121, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « *Usura* pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. » - Fr. 34, D., *de usuris*, 22, 1. « Usuræ vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari... » - Fr. 29, D., *de heredit. petit.*, 5, 3. « Mercedes plano a colonis acceptæ loco sunt fructuum. Operæ quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vecturæ navium et jumentorum. » — *Voy.* encore Fr. 62, pr. D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 36, D., *de usuris.*, 22, 1. - Fr. 83, pr. D., *de leg. III* (32).

[54] Il y a encore d'autres divisions des fruits dont il n'est pas nécessaire de parler dans le livre I, qui ne doit contenir que des notions générales, par exemple en *fructus extantes, consumti; percepti, percipiendi*. D'autres divisions créées par l'école sont inutiles, par exemple, en *fruits naturels, industriels* et *mixtes*, etc.

[55] Les Romains se servent de ces termes indistinctement. Ordinairement on réserve le nom d'*impensæ* aux frais qui ont été faits sur la chose même et dont le résultat fait partie de la chose; tandis qu'on appelle *expensæ* les frais faits à l'occasion de la chose sans que la chose elle-même en profite matériellement, par exemple les frais d'assurance, de transport, de procès. Tit., C., *de fructibus et litium expensis*, 7, 51.

exemple, des canaux d'irrigation; enfin voluptuaires, *voluptariæ sive voluptuosæ*, celles qui augmentent moins la valeur réelle que l'agrément que la chose peut donner [56].

TITRE QUATRIÈME.

DES ACTES ET DE LEURS EFFETS JURIDIQUES.

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 119.

Le fait de l'homme peut être considéré en droit sous deux rapports. D'abord comme objet d'un droit, savoir, lorsque quelqu'un doit faire quelque chose en notre faveur; nous en traiterons ultérieurement au livre troisième. Ensuite nous pouvons le considérer comme source d'un droit. Ainsi, quelqu'un me vend et me livre sa maison; le fait de la vente, suivi de celui de la tradition, a pour effet de me donner la propriété de la maison. Ou bien quelqu'un détruit ma chose; de ce fait résulte pour moi le droit de demander la réparation du dommage qui m'a été occasionné. Les faits considérés comme source de droits peuvent être licites ou illicites. Nous ne nous occupons ici que des premiers, auxquels on peut donner par excellence le nom d'actes.

Nous entendons par acte, acte juridique, *actus legitimus, nego-*

[56] Ulpien, en parlant de la dot VI, 14 : « Impensarum species sunt tres : aut enim *necessariæ* dicuntur, aut *utiles*, aut *voluptuosæ*, 15. *Necessariæ* sunt impensæ, quibus non factis dos deterior futura esset, velut si quis ruinosas ædes refecerit, 16. *Utiles* sunt quibus non factis quidem deterior dos non fieret, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. 17. *Voluptuosæ* sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est : quod evenit in viridariis et picturis similibusque rebus. » — Fr. 1, pr. D., *de impensis in res dotales factis*, 25, 1. - Fr. 1, § 1, D., *eodem*. « *Necessariæ* hæ dicuntur quæ habent in se necessitatem impendendi. » Fr. 5, § 3, *eodem*. « *Utiles* autem impensæ sunt quæ maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit. » Fr. 6, D., *eodem*. Fr. 7, pr. D., *eodem* « *Voluptariæ* autem impensæ sunt quæ maritus ad voluptatem fecit, et quæ speciem exornant. » — Fr. 79, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Impensæ *necessariæ* sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. § 1. *Utiles* impensas esse Fulcinius ait, quæ meliorem dotem faciant, deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur... § 2. *Voluptariæ* sunt quæ speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent... » — Des exemples se trouvent entre autres dans les Fr. 79 *cité* et Fr. 10. 14, D., *de impensis in res dot.*, 25, 1.

tium, negotium juris, tout fait de l'homme qui se rattache à l'acquisition d'un droit, et qui peut avoir pour effet soit de créer, soit d'éteindre, soit de conserver ou protéger un droit. En rapportant cette définition à ce que nous avons dit en général sur la nature des droits, nous trouvons que l'élément fondamental de tout acte est la volonté de celui qui le pose [1]. Le but vers lequel cette volonté se dirige détermine la nature particulière de l'acte.

Parmi les nombreuses divisions des actes, nous remarquons particulièrement les suivantes : On appelle l'acte unitaléral, quand la volonté d'une seule personne suffit pour le faire, par exemple un testament; bilatéral, quand il exige le concours de deux personnes, par exemple un contrat. On divise aussi les actes en actes entre-vifs, *inter vivos*, et actes à cause de mort, *mortis causa*. Ces derniers ne doivent produire d'effet qu'après la mort de ceux qui les ont faits, tandis que l'efficacité des premiers ne depend pas de la mort des parties intervenantes [2].

En traitant des actes juridiques, nous aurons à examiner les conditions requises pour leur validité et les effets qu'ils produisent. C'est à ces deux points de vue que se rapporte la terminologie des commentateurs qui ont l'habitude de distinguer dans les actes juridiques les trois parties suivantes [3] : 1° Les * *essentialia negotii*, c'est-à-dire les conditions essentielles qui forment la substance de l'acte et sans lesquelles il ne peut exister. La condition générale de tout acte est la volonté de celui qui le pose; en outre, il y a des conditions spéciales qui varient selon le but particulier des diverses espèces. Ainsi, pour qu'il y ait vente, il faut nécessairement une chose, et un prix destiné à servir de payement. 2° Les * *naturalia negotii*, c'est-à-dire les conséquences qui découlent de la nature de l'acte, et qui par cette raison ont lieu de plein droit, sans que les parties aient besoin d'en convenir expressément [4]. C'est ainsi que de la nature de la

[1] C'est pourquoi le *fait* d'un insensé n'est pas considéré en droit comme un *acte*, mais comme un événement fortuit. Fr. 61 in f. D., *de administ. et periculo tutorum* 26, 7. « ... Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accidit, quomodo si *casu aliquo, sine facto personæ*, id accidisset. »

[2] Une autre divison fort importante au point de vue pratique est celle en *actes à titre onéreux* et *actes à titre gratuit*. Mais elle n'a point le caractère général des deux divisions que nous avons indiquées dans le texte; elle ne se rapporte qu'aux actes qui ont pour but l'acquisition d'un droit, ou au moins d'un avantage. Il en sera plus spécialement traité ci après, t. II, §§ 281. 295 obs. 336 sqq.

[3] C'est à cause de l'utilité pratique qu'elle peut présenter pour la terminologie, que nous mentionnons cette *analyse* des éléments qui peuvent se trouver dans un acte; mais c'est une grande erreur que de la considérer comme une *division* des éléments constitutifs de l'acte. En effet, il suffit d'un examen rapide pour s'apercevoir qu'il n'y a d'éléments constitutifs que ceux qu'on appelle *essentialia negotii*; quant aux *naturalia et accidentalia*, ce ne sont que les effets que l'acte produit, soit de plein droit, soit par suite de conventions particulières des parties.

[4] Fr. 11, § 1, D., *de act. emti et venditi*, 19, 1. « ... Sciendum est in hoc judicio id demum

vente résulte pour le vendeur l'obligation de livrer la chose vendue, et pour l'acheteur, l'obligation de payer le prix d'achat. Toutefois ces conséquences naturelles d'un acte peuvent être modifiées par la volonté des parties. 3° Ces modifications qui sont appelées * *accidentalia negotii* ont pour but d'ajouter quelque chose aux conséquences naturelles de l'acte ou d'en retrancher quelque chose, ou enfin d'y introduire un changement quelconque. Par exemple, si un contrat de vente est conclu purement et simplement, l'acheteur peut à l'instant exiger la livraison de la chose vendue, de même que le vendeur en peut demander le prix. Mais si les parties veulent différer l'exécution de ces obligations respectives, ou même la faire dépendre d'un événement quelconque, elles ajouteront au contrat un terme ou une condition ; et ces dispositions seront des *accidentalia* du contrat de vente. — En résumé, on appelle *essentialia negotii* les conditions dont la réunion est nécessaire pour l'existence de l'acte ; les *naturalia* sont les conséquences qui dérivent de la nature de l'acte et qui ont lieu de plein droit, à moins que les parties n'y dérogent par des dispositions particulières, *accidentalia*, lesquelles au reste ne peuvent jamais porter atteinte aux conditions essentielles.

Observation. A propos du mot *actus legitimus* que nous avons employé comme synonyme de *negotium* pour désigner en général tout acte destiné à produire des effets légaux, nous devons entrer dans quelques détails sur la signification des mots *agere, lege agere, legis actiones, actus legitimi.* Par *agere* on entend en général agir, faire quelque chose, et naturellement, dans le langage du droit, faire quelque chose qui produit un effet juridique. *Lege agere* est donc agir en droit, agir d'après la loi, particulièrement agir en justice. Aussi le mot *legis actio* désigne-t-il le pouvoir du magistrat de recevoir de pareils actes [5]; et dans la procédure il est devenu le terme technique donné aux actes qui servent à introduire un procès [6]. Quant au mot *actus legitimi*, qui au reste ne se rencontre que deux fois dans nos

deduci, quod præstari convenit... ; quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur quæ *naturaliter* insunt hujus judicii potestate. » — Dans le langage des jurisconsultes romains le mot *natura* sert cependant aussi à désigner les éléments que les commentateurs appellent *essentialia*. § 2, I., *de societate*, 3, 26 et *passim*. Cf. Pomponius, *fragm.* « Et servitutes dividi non possunt ; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrompat. »

[5] Paul, II, 25, 4. « Apud magistratus municipales, si habeant *legis actionem*, emancipari et manumitti potest. » - Fr. 4, D., *de adoptionibus*, 1, 7. « Magistratum, apud quem *legis actio* est, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est. - Fr. 3, D., *de off. procons.*, 1, 16. - Fr. 1, D., *de off. jurid.*, 1, 20. - L. 1, C., *de adopt.*, 8, 48.

[6] C'est dans ce sens technique que ce terme se trouve chez Gaius, IV, 11, suiv. - (Pomponius), Fr. 2, § 6, D., *de orig. juris*, 1, 2, et dans plusieurs autres passages. Mais il n'en est pas moins vrai que les mots *lege agere, legis actiones* sont aussi employés dans des cas où ils ne peuvent avoir cette signification exclusive. Ainsi, il est des passages où *lege agere* signifie en général *faire un procès*, sans qu'il soit question le moins du monde des formalités de la procédure romaine. Cic., *de orat.*, 10. « *Agerent* enim tecum *lege* primum Pythagoræi omnes

sources [7], il n'avait certes aucune valeur technique; il signifiait tout simplement un acte conforme au *jus civile* ou produisant des effets juridiques. C'est à tort que plusieurs auteurs des siècles derniers, restreignent le terme *actus legitimi* à certains actes solennels qui auraient eu ceci de particulier qu'ils n'auraient pu être faits par des mandataires et qu'on n'y aurait admis ni condition ni terme [8]. Cette opinion est particulièrement fondée sur l'interprétation inexacte d'un fragment de Papinien, Fr. 77, D. *de regulis juris* 50, 17, conçu en ces termes : « Actus legitimi qui non [9] recipiunt diem, vel conditionem, veluti emancipatio [10], acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem...... » Au lieu de traduire ce passage de la manière la plus naturelle : « Les actes juridiques qui n'admettent point de terme ou de condition, par exemple l'émancipation, etc., sont entièrement invalidés par la stipulation d'une condition ou d'un terme, » on a forgé la traduction suivante : « Les actes légitimes, *c'est-à-dire* les actes qui n'admettent point de terme ou de condition, comme l'émancipation, etc.; » et à l'aide de cette interprétation, qui n'est ni conforme au texte ni en harmonie avec la législation en général, on a donné au mot *actus legitimus* une signification exclusive que rien ne justifie. — Au reste nous répétons ici l'observation que nous avons eu l'occasion de faire plus d'une fois, savoir, que bien des termes auxquels les auteurs modernes donnent un sens très-précis et exclusif ne l'avaient point chez les Romains : d'où il résulte qu'on tombe facilement dans des erreurs en appliquant aux textes de la loi le sens prétendûment technique de l'école. Il peut cependant être permis dans bien des cas de considérer comme sens technique celui que nous trouvons le plus fréquemment employé. Ainsi comme nous n'avons pas hésité à adopter la signification moderne des mots *consanguinei*

atque Democritici. » Bien plus, nous trouvons des passages où il ne s'agit pas même d'*affaires contentieuses*, mais tout simplement d'*actes juridiques du jus civile*; par exemple : d'adoption et d'emancipation. (Voriscus, *Aurel.*, 14. « ... In adrogando Aureliano... Jube igitur, ut *lege agatur*, sitque Aurelianus heres sacrorum, nominis et bonorum, totiusque juris. » — *Nov. Justin.*, 81, *præf.* « ἡ τῆς emancipationος πρᾶξις πάλαι μὲν ὑπὸ τὰς καλουμένας legis actionας γινομένη, *actus emancipationis qui olim inter legis actiones erat.* ») Or, ni l'adoption, ni l'emancipation ne se faisaient au moyen d'actes de procédure. — *Voy.*, au reste, § 130.

[7] Savoir au Fr. 77, D., *de regulis juris*, 50, 17, que nous expliquons dans le texte; et à la Loi 21, C., *de hæreticis*, 1, 5, où Justinien refuse le droit de porter témoignage en justice aux manichéens et autres hérétiques, *quibus pro reatus similitudine omnis legitimus actus interdictus est.*

[8] Nous nous bornons à mentionner les points les plus saillants de cette question célèbre. On peut trouver plus de détails dans Heinneccius, *Antiq. rom. Proœm.*, § 6; *Historia juris*, §§ 40 et suiv. — Pothier, *Prolegom. ad Pand.*, c. 1, § 3. — Berriat St-Prix, *Histoire du droit romain*, p. 52 et suiv.

[9] Les Pandectes florentines ont « *qui recipiunt diem*, » leçon qui ne peut être conciliée avec ce qui suit.

[10] Flor., *mancipatio*. Cf. *Vaticana fragmenta*, 329.

et *uterini* (§ 103 OBS.), de même nous n'emploierons le mot *legis actio* que pour désigner les actes qui servent à introduire un procès.

§ 120.

Le but direct des actes juridiques est de créer ou d'éteindre des droits. Toutefois ce but est susceptible de plusieurs modifications; ainsi il y a des actes qui tendent plus spécialement à conserver, à confirmer ou à garantir des droits déjà existants. Enfin il y en a une catégorie très-importante, qui nous servent à poursuivre en justice la reconnaissance de nos droits.

Nous ne pouvons ici passer en revue tous les actes qui rentrent dans ces différentes catégories; ce serait épuiser la matière presque entière du cours. Nous nous bornerons à quelques renseignements généraux qui ne trouveraient pas facilement une place convenable dans la suite de l'ouvrage.

Par rapport à la première catégorie, qui comprend les actes ayant pour but de créer ou d'éteindre des droits, nous ferons observer que chez les Romains, comme chez tous les autres peuples, les transactions entre particuliers se bornèrent dans le principe à une opération bien simple, à l'échange [11]. C'est en effet à ce mode de transfert que nous pouvons ramener historiquement presque toutes les opérations de la vie civile. Ainsi dans l'ancien droit la propriété se transmettait au moyen de la *mancipatio*, acte public dans lequel l'une des parties donnait la chose, et l'autre le prix de la chose, consistant en une quantité de monnaie de cuivre qu'on pesait dans les premiers temps au moyen d'une balance. Aussi disait-on que la chose était transférée *per æs et libram* [12]. — Le même procédé *per æs et libram* fut appliqué au cas où une personne voulait s'obliger envers une autre. En échange de la somme d'argent que le créancier comptait au débiteur au moyen de la balance, celui-ci mancipait sa personne au créancier. Il en résultait qu'en cas de non-remboursement le créancier avait le droit de saisir la personne du débiteur et

[11] Nous prenons ici le mot *échange* dans le sens vulgaire et général : troc que l'on fait d'une chose pour une autre. Dans ce sens il comprend également la vente. Nous verrons ci-après que par la suite les jurisconsultes romains distinguèrent avec soin la vente de l'échange. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 292. 326.

[12] Ce qui dans le principe était réel finit par devenir symbolique. Quand on ne pesait plus la monnaie, l'opération *per æs et libram* était devenue inutile; on la conserva comme pure formalité. GAIUS, I. 119. « Est autem *mancipatio*, ut supra quoque diximus, imaginaria quædam venditio..... » 122. Ideo autem æs et libra adhibitur, quia olim æreis tantum nummis utebantur, et erant dupondii, semisses et quadrantes, sicut ex lege XII tabularum intelligere possumus, eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere... » — *Voy.* ci-après § 183.

de le posséder comme *mancipium*. On disait que le débiteur qui avait reçu un prêt de cette manière s'était lié ou enchaîné, *nexus erat;* et l'acte même s'appelait *nexus* ou *nexum* [13]. — Les parties pouvaient ajouter à la *mancipatio* ou au *nexum* des conventions particulières que déjà la loi des Douze Tables avait déclarées obligatoires. *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto* [14]. Ces conventions n'étaient originairement que des *accidentalia negotii;* mais par la suite on s'en servait souvent pour faire des transactions, dans lesquelles le transfert par mancipation n'était que le prétexte servant à donner une forme légale à un autre acte [15]. Cela se faisait surtout au moyen de la *fiducia*, convention par laquelle celui qui recevait la chose mancipée s'engageait à la rétrocéder après un certain laps de temps ou à la remettre à un tiers, ou bien s'obligeait à toute autre prestation analogue. Ainsi le débiteur, pour donner un gage à son créancier, lui mancipait la chose qui devait servir de gage; et ce dernier, en la recevant, s'engageait sur sa foi, *fiducia*, à la remanciper au débiteur dès que celui-ci aurait payé sa dette. On se servait du même détour pour faire un dépôt, ou un prêt à usage, et surtout dans les transactions qui avaient pour but d'opérer des changements dans l'état des personnes et dans les relations de famille [16], jusqu'à ce que les progrès de la législation et de la science firent découvrir des modes moins compliqués et plus sûrs, que nous ferons connaître quand nous traiterons des droits auxquels ils se rapportent. — C'est aux mêmes endroits que nous donnerons des détails sur les actes qui ont pour but d'éteindre les droits. Ordinairement, quand nous abandonnons un droit, nous le faisons dans l'intention de le transférer à un autre, comme dans la vente, l'échange, etc. Cette opération complexe : abandon d'un droit, afin qu'un autre l'acquière, est particulièrement désignée par le mot aliéner (*alienare, alienum facere*). Toutefois, souvent ce terme est aussi employé dans un sens plus étendu, et comprend tout acte qui entraîne la perte d'un droit, quand même il ne

[13] Le *nexum* n'était certes, dans le principe, autre chose que la *mancipation* du débiteur. C'est par ce motif aussi que les mots *mancipium* (ancienne forme pour *mancipatio*) et *nexum* sont souvent employés l'un pour l'autre. Ainsi le *nexus* appréhendé au corps devient *mancipium;* la *mancipation* est appelée *traditio nexu, jus nexi.* (Cic., *Top.* 5; *de harusp. resp.* 7.) *Voy.* encore LE MÊME, *Parad.*, V, 1. « Mancipia, quæ sunt dominorum facta *nexu.* » VARRON, *de l. l.*, VI, 5, et FESTUS, v. *nexum*, nous apprennent qu'on entendait par « *nexum* » omne quod per libram et æs geritur, in quo sint mancipi.—*Nexum*, quodcunque per æs et libram geritur, idque necti dicitur. — *Voy.* ci-après t. II, §§ 327 et 380.

[14] FESTUS, v. *nuncupata.* « ... CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO. » — *Voy.* encore CIC., *de off.*, III, 16.

[15] L'exemple le plus frappant de cette transformation nous est fourni par la *stipulatio.* *Voy.* ci-après t. II, § 327.

[16] GAIUS, II, 60. « Sed cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico quod tutius nostræ res apud eum essent...... » — *Voy.* des exemples ci-après § 259 et t. III, §§ 385, 409, 415, 435.

contiendrait pas l'intention de le transférer à un autre [17]. Dans ce sens, il comprend aussi la renonciation, quand elle contient abandon d'un droit acquis; mais la renonciation à un droit qui ne nous appartient pas encore, bien que nous puissions l'acquérir, ne constitue pas une aliénation [18].

Parmi les actes qui ont pour but de conserver des droits, nous remarquons surtout la protestation et la réserve. On appelle protestation la déclaration par laquelle nous nous garantissons contre l'interprétation défavorable qu'on pourrait donner à un acte, ou contre les conséquences qu'on pourrait tirer d'un acte à notre préjudice [19]. La réserve est une espèce de protestation ayant pour but de nous réserver des droits dont la perte pourrait résulter de l'acte auquel nous ajoutons la réserve [20]. Au reste, il va sans dire que ni la protestation ni la réserve ne produisent d'effet contre les conséquences que la loi attache impérieusement à un

[17] On se sert même du mot *alienare* quand il s'agit d'une *omission* qui a pour effet de nous faire perdre un droit. Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.*, 50, 16. « *Alienationis* verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes... » — *Voy.* aussi L. ult. C., *de reb. alien. non alienand.*, 4, 51. « Sancimus; sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit : non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usufructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi, simili modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum... » et t. III, § 428. — Dans un sens très-restreint et appliqué aux seules choses corporelles le mot *alienare* ne comprend que le *transfert de la propriété romaine.* Cela était conforme au langage primitif : quand on disait *hæc res mea est* pour indiquer que l'on avait la propriété quiritaire de la chose, il était tout naturel de se servir du mot *alienare, alienum facere,* pour indiquer le transfert de cette propriété. Fr. 67, pr. D. *de verborum signif.*, 50, 16.

[18] Fr. 28, pr. D., *de verb. obl.*, 50, 16. «... Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit, aut optionem extra certum tempus datam non amplectitur. » Fr. 6, § 2, D., *quæ in fraudem credit.*, 42, 8. — La perte de la simple *possession* n'est pas non plus considérée comme *alienatio* : Fr. 119, D., *de regulis juris*, 50, 17. « Non alienat qui duntaxat omittit possessionem. » Fr. 4, § 1, D., *de alienat. jud. mut. causa*, 4, 7. — Pour l'interprétation des renonciations, *voy.* ci-après § 124, note 69.

[19] Fr. 20, § 1, D., *de acq. vel omitt. hered.*, 29, 2. « Et ideo solent *testari* liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quæ gerunt, sed aut pietatis, aut custodiæ causa, aut pro suo. Utputa patrem sepelivit, vel justa ei fecit : si animo heredis, pro herede gessit; enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse... Proinde et si fundos, aut ædes locavit vel fulsit, vel si quid aliud fecit, non hoc animo, quasi pro herede gereret; sed dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato heres exstiturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fuerit. » — *Voy.* aussi Fr. 14, §§ 7. 8, D., *de religiosis*, 11, 7. - Fr. 16, D., *de Sc. Maced.*, 14. 6. « Si filiusfamilias, absente patre, cum quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavit et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo *testationem* interponere *contrariæ voluntatis.* » - Fr. 34, D., *de negotiis gestis*, 3, 5.

[20] Fr. 4, § 1, D., *quib. modis pignus solv.*, 20, 6. « Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari; nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni, vel ceteris : nam solent multi salva causa pignoris sui consentire... » - Fr. 77, D., *de contrah. emtione*, 18, 1.

acte ou qui en découlent nécessairement par la force des choses. *Non valet protestatio facto contraria* [21].

Les moyens qu'on emploie pour confirmer et garantir un droit opèrent ordinairement d'une manière indirecte. Souvent ils consistent en une peine qu'on se fait promettre en cas d'inexécution de la part de la personne obligée. Ou bien on exige une garantie en dehors de cette personne et qui peut consister soit en une autre personne (garantie personnelle, caution), soit en une autre chose (garantie réelle, gage et hypothèque). De pareils actes supposent donc toujours l'existence d'un autre droit dont ils ne sont que l'accessoire. Il paraît que pour confirmer les droits les Romains se servaient aussi du serment, *jusjurandum:* toutefois le serment ne créait point d'obligation par lui-même; il ne servait qu'à renforcer une obligation déjà existante. Aussi ne produit-il aucun effet si l'acte auquel il est ajouté est nul par lui-même [22].

Quant aux actes par lesquels nous cherchons à poursuivre en justice la reconnaissance de nos droits, et que les Romains appellent *actiones* par excellence, nous en traiterons dans le titre suivant. Nous ferons cependant observer que dans l'ancien droit on se servait souvent de ces *actiones* pour donner une forme légale à des actes qui, de leur nature, n'avaient aucun caractère contentieux. Ainsi quand un citoyen voulait transférer à un autre la propriété d'une chose, les deux parties pouvaient se rendre devant le tribunal du préteur, où l'acquéreur faisait semblant de revendiquer la chose en question, soutenant qu'elle lui appartenait. Le vendeur ne contredisait pas, et le préteur attribuait la chose à l'acquéreur par un jugement qui lui servait de titre de propriété. Cette revendication fictive s'appelait *in jure cessio* (cession devant le préteur, cession judiciaire), et fut pendant longtemps, concurremment avec la *mancipatio*, le mode usuel de transférer la propriété romaine [23].

CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DES ACTES.

§ 121.

Les conditions exigées pour l'existence d'un acte juridique [24] se rap-

[21] Fr. 51, § 2, D., *de acq. vel omitt. hered.*, 29, 2. « Sed si quis ita dixerit : *si solvendo hereditas est adeo hereditatem*, nulla aditio est. » - Fr. 7, pr. in f. D., *nautæ, caupones.*, 4, 9. - Fr 14, D., *de Public. in rem act.*, 6, 2.

[22] Fr. 7, § 16, D., *de pactis*, 2, 14. - L. 5, § 1, C., *de legibus*, 1, 14. — Application spéciale aux *operæ libertorum*. Fr. 7, pr. D., *de operis libertorum*, 38, 1, et Fr. ult. pr. D., *de liberali causa*, 40, 12. — *Voy.* ci-après, t. III, § 418.

[23] *Voy.* Gaius, II, 24, et ci-après, § 183.

[24] Des raisons de méthode nous obligent à nous en tenir ici aux généralités. Les dévelop-

portent soit aux personnes qui agissent, soit à la manière dont leur volonté se manifeste, soit au but et à l'objet de l'acte.

Il est d'abord évident que les personnes qui veulent faire un acte juridique doivent avoir le libre usage de leur volonté. Les enfants, les fous, les furieux sont absolument incapables de faire un acte quelconque. Des causes qui privent momentanément l'agent du libre usage de sa volonté font également obstacle à la validité de l'acte qu'il pose [25]. Il en serait de même d'une erreur exclusive de volonté [26]. — Comme l'acte juridique a pour but d'apporter un changement à l'état actuel des droits d'une personne, il exige nécessairement que cette personne soit capable d'opérer ce changement, ou, comme on dit ordinairement, qu'elle ait la capacité de disposer de ses droits. Sous ce rapport, les enfants, les fous et les furieux sont frappés d'une incapacité absolue; les impubères ne peuvent point aliéner ni s'obliger; la capacité des mineurs et des femmes est restreinte sous plusieurs rapports; enfin, il y a beaucoup d'autres restrictions spéciales, que nous mentionnerons quand nous traiterons des matières auxquelles elles se rapportent.

Quant au but et à l'objet, il faut avant tout que l'acte se rapporte à un droit que l'on puisse faire valoir d'une manière quelconque. Ainsi, de fait, l'acte est illusoire quand l'objet est si vaguement indiqué qu'il n'est pas possible de le déterminer [27]. Il en est de même quand il s'agit de choses corporelles qui ne sont pas susceptibles d'exister ou qui sont hors du commerce [28]. Si c'est un fait qui est l'objet de l'acte, il doit être pos-

pements que nous donnerons dans le cours de l'ouvrage, surtout à propos des conventions et des dispositions de dernière volonté (t. II, §§ 282-287 et t. III, §§ 460 462, 475 sqq., 496, 497), serviront à compléter cet exposé rapide.

[25] Fr. 48, D., *de regulis juris*, 50, 17. « Quidquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse; ideoque brevi reversa uxor non divortisse videtur. » — L. 19, C., *de inoffic. testam.*, 3, 38.

[26] *Voy.* les développements sur ce point important ci-après, t. II, § 283 sqq., où nous examinerons également l'influence que peuvent exercer sur l'efficacité des actes le *dol* et la *violence*, qui, sans anéantir la volonté de l'agent, vicient cependant le consentement qu'il a pu donner.

[27] Fr. 94, D., *de verbor. oblig.*, 45, 1. « Triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quæstio est, non juris. Igitur, si de aliquo tritico cogitaverit, id est, certi generis, certæ quantitatis, id habebitur pro expresso : alioquin, si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur : igitur ne unum quidem modium. » - Fr. 115. pr. D., *eodem*. - L. 1, C., *de dotis promissione*, 5, 11. — *Voy.* ci-après, t. II, § 283, n° 2; t. III, §§ 507-508.

[28] Gaius, III, 97. « Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut, si quis hominem liberum, quem servum esse credebat, aut mortuum, quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat esse humani juris, sibi dari stipuletur, æque inutilis est stipulatio. - § 1, I., *de inutil. stipul.*, 3, 19. - § 4, I., *de legatis*, 2, 20. - Fr. 1, § 9, D., *de oblig. et act.*, 44, 7. — *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 283, n° 1.

sible et n'être point contraire aux lois et aux bonnes mœurs [29]. Enfin, la loi refuse toute efficacité aux actes qui tendraient à un but auquel la personne en faveur de laquelle il paraît être fait n'aurait aucun intérêt [30].

Il serait difficile de donner *à priori* des règles générales sur la manière dont notre volonté doit se manifester dans les actes juridiques. La **forme** à employer à cet effet varie naturellement suivant les mœurs et le développement des institutions. Nous avons vu, au paragraphe précédent, que les premières transactions chez les Romains peuvent être ramenées à deux points de vue : transfert de la propriété et engagement de notre personne. Or, comme la propriété n'existe dans le droit civil que par la garantie de la nation, *ex jure Quiritium*, et que la même garantie s'applique à l'état des personnes, il est naturel que la manifestation de la volonté individuelle par rapport à ces deux genres d'opérations ne pût avoir un caractère civilement obligatoire et efficace que pour autant qu'elle eût reçu la sanction des Quirites. Il est probable que dans l'origine cette sanction était donnée par les comices [31]. Mais plus tard on se borna à faire intervenir un certain nombre de citoyens afin de représenter la nation, nombre qui dans les actes les plus importants, les mancipations, correspond exactement aux cinq classes de Servius Tullius, d'où probablement le mot *testes classici*. Une sanction analogue pouvait être obtenue par l'intervention du magistrat exerçant la souveraineté nationale *in jure* [32]. — Les formalités de la *mancipatio* et de la *in jure cessio* étaient donc, dans le principe, des nécessités fondées dans la nature même des opératinns auxquelles elles s'appliquaient. Elles perdirent ce caractère surtout par les deux causes suivantes. D'abord la jurisprudence appropria ces modes d'agir, notamment la mancipation, à diverses opérations qui au fond tendaient souvent à un but autre que le transfert de la propriété. Ensuite on y observait des formalités qui, tout en étant à l'origine des nécessités de fait, avaient cependant un caractère plutôt relatif et accidentel, par exemple, dans la mancipation l'emploi de l'airain et de la balance, *æs et libra*, indispensable dans le principe pour peser la monnaie [33]. Ces éléments non substantiels ayant été

[29] Fr. 185, D., *de reg. juris*, 50, 17. « Impossibilium nulla obligatio est. » - Fr. 112, § 3, D., *de leg.*, *I.* (30). « Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est, vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum prætoris, vel etiam turpe aliquid. » - Fr. 7, § 3, D., *de pactis*, 2, 14. « Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. » — *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 285, n° 1.

[30] Fr. 61, D., *de pactis*, 2, 14. « Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito prædium alienet. » - Fr. 15, pr. D., *de servit.*, 8, 1. « Quoties nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet... » — *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 285, n° 3.

[31] Nous en trouvons des exemples positifs dans l'adrogation et dans les testaments. Tome III, §§ 409 et 446.

[32] *Voy.* sur le caractère originaire de la *mancipatio* et de la *in jure cessio* ci-après, § 185.

[33] *Voy.* ci-dessus, § 120, note 12.

conservés alors qu'ils avaient perdu leur raison d'être par suite des progrès de la civilisation, les opérations mêmes, d'abord très-réelles, finirent par devenir purement symboliques [34]. Dès lors nous voyons la jurisprudence et la législation introduire des formalités diverses, moins par suite d'une nécessité réelle, comme dans l'ancien droit, que par des considérations d'utilité plus ou moins arbitraires. — Parmi ces formalités figure toujours en première ligne l'assistance de citoyens qui, de garants qu'ils étaient originairement, finirent par devenir de simples témoins [35]; dans certains cas on exige l'emploi de paroles plus ou moins sacramentelles [36]; dans d'autres actes la rédaction par écrit est de rigueur [37]; enfin, sous l'empire on revient vaguement aux idées originaires en exigeant dans certaines hypothèses la sanction du souverain et de ses autorités déléguées, ou l'inscription dans les registres publics [38], et nous voyons alors apparaître, sous le nom de *tabelliones* ou *tabularii*, des officiers publics ayant pour mission de donner un certain caractère d'authenticité aux actes des particuliers [39]. En un mot, les actes du *jus civile* se trouvent en général soumis

[34] On a l'habitude d'exagérer de beaucoup l'élément symbolique dans le droit civil des Romains. Bien des opérations symboliques, qu'on cite comme actes juridiques, sont tout simplement des cérémonies qui étaient en usage à Rome, sans avoir la moindre importance légale. De ce nombre sont la plupart des signes énumérés dans l'*Histoire du droit romain* de BARRIAT-SAINT-PRIX, p. 53. Et même parmi les actes symboliques qui ont incontestablement un caractère juridique, il n'en est pas un seul qui n'ait constitué dans le principe une opération très-sérieuse et très-matérielle. La *mancipatio* est une opération dont nous faisons l'inverse tous les jours, quand nous achetons une livre de café, avec cette différence que nous n'employons ni le *libripens*, parce que notre mode de peser rend inutile l'intervention de ce personnage (encore le trouvons-nous dans nos marchés publics, sous la forme du peseur ou mesureur juré), ni les témoins, parce que pareille transmission de propriété n'exige point, d'après nos idées, ce mode de garantie sociale. Nous aurons l'occasion de faire des observations analogues, en traitant du *sacramentum*. — *Voy.* ci-après, §§ 130, 203. — Ce que nous venons de dire s'applique d'une manière générale au droit *civil* des Romains, et il en devait être ainsi chez ce peuple positif; mais on comprend aisément que le symbole se montre dans toutes les institutions qui dérivent de l'élément religieux.

[35] Les considérations que nous venons d'indiquer dans le texte font comprendre que l'assistance de témoins ait été requise dans presque tous les actes de l'ancien *jus civile*. De là l'importance attachée à la qualité de *testabilis* (ci-dessus, § 105, note 5). Dans le droit nouveau, l'intervention de témoins n'est guère nécessaire que dans les testaments et codicilles; mais elle peut être utile pour la force probante des actes. *Nov.* 73, c. 3 sqq. et *passim*. — *Voy.* surtout ci-après, § 248.

[36] Par exemple, dans la *stipulatio* ou *verborum obligatio*. Ci-après, t. II, § 327.

[37] *Litterarum obligatio*. T. II, §§ 329, 320. — Le contrat emphytéotique concernant les biens de l'Église. *Nov.* 120, c. 6. — *Voy.* aussi L. 17, C. *de fide instrum.*, 4, 21, et ci-après t. II, §§ 284, 335, t. III, §§ 387, 461, 496.

[38] L'empereur et les autorités de l'empire interviennent dans un grand nombre d'actes. L'inscription, *insinuatio*, dans les registres publics, est spécialement prescrite dans les donations excédant la valeur de 500 solides. Ci-après, t. II, § 355.

[39] Les *tabelliones* ou *tabularii* étaient dans le principe de simples particuliers, ordinairement de condition servile, dont la profession était d'écrire les actes. Sous les empereurs chrétiens, ils obtinrent un caractère public. Titt Th. C., *de tabulariis*, 8, 2; J. C., *eodem*,

à certaines formalités prescrites par la loi ou introduites par l'usage, et reçoivent de là le nom de *negotia solemnia* [40]. Cependant l'influence du *jus gentium* se fit également sentir dans cette matière et affaiblit à la longue la rigueur des formes civiles, à tel point que dans le droit nouveau les actes solennels ne forment plus que l'exception. Toutes les fois que la loi ne prescrit pas expressément une formalité déterminée, les parties sont libres de déclarer et d'exprimer leur volonté comme bon leur semble [41]. Elle peut même être exprimée tacitement, lorsque du concours des circonstances il résulte à l'évidence que la personne qui a fait l'acte a voulu produire tel effet juridique [42]. Par exemple, celui qui abandonne une chose est censé renoncer à son droit de propriété sur cette chose; le créancier gagiste qui remet au débiteur la chose engagée, renonce implicitement à son droit de gage [43].

Si l'une des conditions essentielles que nous venons d'exposer manque dans un acte, il n'a point d'existence juridique. C'est ce que les Romains expriment énergiquement en disant, que rien n'est fait, qu'il n'y a pas d'acte, *nihil actum est, nullum est negotium*. — Toutefois, il est à remarquer que par notre volonté nous pouvons rendre valide ce qui, faute de consentement, ne l'était pas auparavant. Cela a lieu toutes les fois que nous approuvons ce qu'un tiers a fait pour nous, ou que nous confirmons un acte auquel nous avions consenti à une époque où nous n'étions pas capa-

10, 69. - L. 3, Th. C., *de decurion.*, 12, 1. - L. 15, J. C., *eodem*, 10, 31. - L. 17, J. C., *de fide instrum.*, 4, 21 - L. 11, C., *qui potiores in pign.*, 8, 18. - *Nov.* 44; 49, c. 2; 73, c. 2-8.

[40] *Solemnis, solemnitas*, de *solere*, veut tout simplement dire *usité*, sans que l'on y doive attacher aucune idée de ce que nous entendons par *solennel, solennité*. — *Voy.* ce que nous aurons à dire, t. II, § 327, sur la *solemnitas verborum* dans les stipulations.

[41] Fr. 4, 5, D., *de fide instrum.*, 22, 4. - Fr. 38, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 52, § 9. 10, D., *eodem*. « § 9. Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. 10. Sed et nutu solo pleraque consistunt. » - Fr. 17, D., *de novat.*, 46, 2. — Il faut naturellement que la manifestation de la volonté de l'agent soit sérieuse. Fr. 24, D., *de testam. militis*, 29, 1. - Fr. 3, § 2, D., *de obl. et act.*, 44, 7, et ci-après, t. II, § 284 vers la fin.

[42] C'est sur une considération analogue qu'est fondé le proverbe " *Qui tacet consentire videtur* ", qui est tiré du droit canon, c. 43 in VI., *de reg. juris*, et dont on abuse fréquamment. Il est évident que notre silence ne peut être considéré comme consentement à un acte que lorsque nous y sommes intéressés, et que nous sommes dans la position d'exprimer notre approbation ou notre désapprobation. — *Voy.* Fr. 142, D., *de reg. juris*, 50, 17. « Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare. » Cf. Fr. 6, D., *de rebus creditis*, 12, 1. - Fr. 58, pr. D., *de hered. instit.*, 28, 5. - Fr. 21, pr. D., *de leg. III* (32). - Fr. 52, § 10, D., *de obl. et act.*, 44, 7.

[43] Tit. D., *pro derelicto*, 41, 7. — L. 7, C., *de remiss. pign.*, 8, 26. « Creditricem patrui tui sub obligatione fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eamden cautionem reddi, pignoris etiam jus remisisse videri, manifestum est. » - Fr. 3, D., *de pactis*, 2, 14. — *Voy.* aussi Gaius, II, 167. - Fr. 1, pr. D., *pro socio*, 17, 2. « Societatem et re et verbis et per nuntium posse nos coire dubium non est (ci-après, t. II, § 308, note 7). - Fr. 95, D., *de acquir. hered.*, 29, 2. « Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis judicio voluntatis. » - Fr. 37, D., *ad Sc. Trebell.*, 36, 1. - Fr. 5, D., *ratam rem haberi*, 46, 8. « Non tantum verbis ratum haberi posse sed etiam actu.... »

ble de le faire [44]. Pareille approbation ou confirmation est appelée ratification, *ratihabitio*. La ratification a en général un effet rétroactif au jour où l'acte originaire et incomplet a été fait, sauf quelques exceptions qui dérivent soit de dispositions légales, soit de la nature particulière de l'acte auquel la ratification est ajoutée [45].

EFFET DES ACTES JURIDIQUES.

§ 122. *En général.*

L'acte qui réunit les conditions nécessaires pour sa validité juridique produira les effets que la personne ou les personnes qui le font se sont proposé d'atteindre. Il les produira, alors même que l'un ou l'autre des éléments nécessaires pour sa naissance viendrait à disparaître plus tard, pourvu que l'élément disparu ne soit pas en même temps une condition essentielle du rapport juridique que l'acte avait pour but de créer [46]. Par contre, l'acte nul dès le principe ne devient pas valable par la suite, quand même les circonstances qui occasionnaient la nullité viendraient à cesser : *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* [47]. Si quelques dispositions de l'aote sont nulles, sans que cette nullité influe sur la substance de l'acte même, les autres parties restent intactes et sortent leurs effets. *Utile per inutile non vitiatur* [48].

[44] Fr. 7 § 16, D., *ad Sc. Maced.*, 14, 6. - Fr. 152, § 2, D., *de reg. juris*, 50, 17. - L. 2, C., *ad Sc. Maced.*, 14, 6. - L. 25, C., *de donat. inter virum et uxorem*, 5, 16.

[45] Fr. 20, pr. D., *de pignor. oct.*, 13, 7. « Aliena res pignori dari voluntate domini potest : sed et si ignorante eo data sit et ratum habuerit, pignus valebit. » - Fr. 16, § 1, D., *de pignoribus*, 20, 1. - Fr. 12, § 4. D., *de solut.*, 46, 3. « Sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus, quod solutum est, liberatio contingit; rati enim habitio mandato comparatur. » - L. 7, pr. C. *ad Sc. Maced.*, 4, 28. « ... Cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quæ ab initio subsecuta sunt... » - L. 25, C. *de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione*, 6. 11. « .... Confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. » - Fr. 4, § 6, D., *de off. procons.*, 1, 16. - Cf. Fr. 27. 65, § 1. D., *de ritu nupt.*, 23, 1 (ci-après note 47). - Fr. 9, D., *de neg. gestis*, 3, 5 et L. 9, C. *eodem* (ci-après t. II, § 356).

[46] § 1, 2, I. *quibus non est permissum test. facere*, 2, 12. - Fr. 85, § 1. D., *de reg. juris*, 50, 17. - Cf. Fr. 3, *verb.* nam quæ D., *de his quæ pro non scriptis habentur*, 34, 8 et Fr. 98 pr. D., *de verb. obl.*, 45, 1.

[47] § 2, I. *de inutil. stip.*, 3, 19. - Fr. 17, § 4, D., *de pactis*, 2, 14. - Fr. 29, D., *de reg. juris*, 50, 17. « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. » — Nous aurons par la suite de nombreuses occasions d'appliquer cette règle ; mais elle est soumise à plusieurs exceptions fondées soit sur la nature des choses, soit sur des dispositions de la loi. Fr. 4, D., *de ritu nuptiarum*, 23, 2. « Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos. » - Fr. 27, 65, § 1, D., *de ritu nupt.*, 23. 2. - Fr. 41, § 2, D , *de leg. I* (30). - Fr. 31, 98, pr. D., *de verb. oblig.*, 45, 1. — *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 398.

[48] Fr. 11, § 1. Fr. 12, D., *de pecunio const.*, 13, 5. - Fr. 20. D., *de usuris*, 22, 1 « Usuras

Il peut se faire qu'un acte, ne réunissant pas les conditions requises pour produire tous les effets que les parties avaient eus en vue, contienne néanmoins les éléments nécessaires pour produire d'autres effets analogues, également compris dans l'intention des parties, et qui dans ce cas seront obtenus. De même, quand les parties se sont trompées sur la nature juridique de l'acte et lui ont, par exemple, donné une qualification qui supposerait des conditions qui ne se trouvent pas remplies, l'acte n'en sortira pas moins ses effets, si toutefois l'intention des parties est susceptible d'être légalement réalisée. Ainsi, un contrat de vente dans lequel on aurait dit que l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix est nul comme acte de vente; mais il peut être considéré comme donation et sortir ses effets comme tel, pourvu que les conditions requises pour une donation s'y trouvent réunies. C'est ce que les commentateurs appellent * *conversio actus juridici* * [49].

§ 123. *Modifications*. Conditio. Dies. Modus.

Les conséquences naturelles d'un acte peuvent être modifiées par des conventions particulières. Ces *accidentalia* varient à l'infini selon la volonté des parties; aussi la théorie n'a-t-elle guère à s'en occuper. Toutefois, il y en a trois qui, à cause de leur caractère plus général, méritent d'attirer notre attention; nous voulons parler de la condition, du terme et du mode.

La condition, *conditio*, est un événement futur et incertain dont nous faisons dépendre l'efficacité d'un acte [50]. Quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but de créer un droit, on a l'habitude de l'appeler suspensive parce qu'elle suspend l'existence du droit. Par contre, on l'appelle résolutoire quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but d'éteindre un droit [51]. Cette terminologie, quoique généralement adoptée, manque de

illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceteram sortem non viciare. » - Fr. 29, D., *eodem*. - Fr. 13, § 29, D., *de act. emti et vend.*, 19, 1. « Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus : nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. » - Fr. 5, § 1, Fr. 34, § 4, D., *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1. - Fr. 1, § 5, D, *de verb. obl.*, 45, 1. « ... Duæ sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem. » - Fr. 110, pr. D., *eodem*. - L. 34, pr. C., *de donationibus*, 8, 54.

[49] Fr. 36, D., *de contrah. emt.*, 18, 1. « Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere. » - Fr. 38, D., *eodem*. « Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; toties enim dicimus, in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est... » - Fr. 1, D., *de jure codicill.*, 29, 7. - L. 8, § 1, C., *de codicill.*, 6, 36.— Mais *voy.* aussi Fr. 1, 1, § 4, D., *de pecunio constituta*, 13, 5.

[50] Nous devons nous borner ici aux notions générales, en renvoyant pour les détails aux parties de l'ouvrage où nous traiterons des conventions, de l'hérédité testamentaire et des legs. T. II, § 288; t. III, §§ 468, 497, 501.

[51] Un événement futur, mais certain, constitue un terme et non pas une condition. — *Voy.* Fr. 9, § 1, D., *de novat.*, 46, 2. « Qui sub conditione stipulatur quæ omnimodo exstitura

justesse et d'exactitude. Toute condition est suspensive; car toute condition, sans exception, suspend l'effet de l'acte auquel elle est ajoutée; et c'est précisément là ce qui constitue l'essence de la condition. Il est donc contraire aux règles de la logique d'attribuer exclusivement à une espèce le nom générique qui convient à toutes les conditions. Ce qui a donné lieu à cette dénomination, c'est que souvent on joint à l'acte qui crée un droit un autre acte qui a pour but d'éteindre éventuellement ce même droit. Par exemple : « Je vous vends ma maison à tel prix; mais la vente sera considérée comme non avenue, si vous ne me payez le prix dans huit jours. » Dans ce cas nous avons d'abord une disposition qui crée les rapports de droit résultant du contrat de vente, et en second lieu une disposition qui a pour but de résilier ces rapports. Or, comme l'effet de cette seconde disposition dépend d'une condition, savoir du non-payement du prix, on dit que les deux conventions constituent un acte de vente conclu sous condition résolutoire, quoique en réalité il y ait deux actes, dont l'un contient une vente pure et simple, et l'autre donne à l'une des parties la faculté de résilier la vente, faculté dont l'exercice dépend d'une condition. Aussi les jurisconsultes romains ont-ils toujours soin dans les cas difficiles de distinguer la disposition qui contient la résiliation conditionnelle d'avec celle qui établit le droit [52]. — Nous nous bornons ici à ces observations, en nous réservant de montrer, dans le cours de l'ouvrage, les erreurs pratiques qu'a fait naître la terminologie inexacte que nous venons de signaler [53].

La condition a donc pour effet de suspendre jusqu'au moment où elle s'accomplira l'efficacité de l'acte auquel elle est ajoutée. Ainsi quand

est, pure videtur stipulari; » et ci-après note 59. — Un événement qui n'est pas futur n'est pas une condition non plus, bien qu'il soit incertain. § 6, I., *de verb. oblig.*, 3, 15. « Conditiones quæ ad præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut *statim infirmant* obligationem, aut *omnino non differunt :* veluti, si Titius consul fuit, vel si Mævius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet... » - Fr. 100, D., *de verb. oblig.*, 45, 1. - Fr. 37, D., *de reb. cred.*, 12, 1. - Fr. 16, D., *de injusto rupto test.*, 28, 3. - Fr. 10, § 1, D., *de condit. instit.*, 28, 7. « ... Cum *nulla sit conditio*, quæ in præteritum confertur, vel quæ in præsens, veluti, si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat. »

[52] Fr. 3, D., *de contrah. emt.*, 18, 1. « Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione. » - Fr. 2, pr. D., *de in diem addict.*, 18, 2. « Quoties fundus in diem addicitur, utrum *pura* emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis magis sit emtio, quæstionis est? Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit Nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio quæ sub conditione resolvitur : sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. » - Fr. 1, D., *de lege commiss.*, 18, 3. « Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi, videatur. » - Fr. 2, § 5, D., *pro emtore*, 41, 4. « Sed et illa emtio *pura* est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inemta sit. »

[53] *Voy.* surtout ci-après, t. II, § 288.

elle est ajoutée à un acte qui a pour but de créer un droit (condition dite suspensive), ce droit n'existera que pour autant que la condition s'accomplisse; de même quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but d'éteindre un droit (condition dite résolutoire), ce droit ne sera éteint que par l'accomplissement de la condition. Jusque-là, dans l'une et l'autre hypothèse, tout reste dans le *statu quo*; mais, après l'accomplissement de la condition, l'effet de l'acte est rétroactif, c'est-à-dire : dans la première hypothèse, le droit sera comme s'il avait pris naissance au moment où l'acte a été fait; et dans la seconde, on agira comme si le droit en question avait cessé au même moment [54]. — Tant que l'événement qui constitue la condition n'a pas eu lieu, on dit que *conditio pendet;* dès qu'il a eu lieu, la condition est accomplie, *conditio existit, impleta* ou *expleta est;* enfin, quand il est certain qu'elle ne s'accomplira pas, *conditio deficit* [55]. Dans ce dernier cas la disposition à laquelle la condition est ajoutée ne produira point d'effet [56].

Le terme, *dies*, ajouté à un acte est appelé suspensif, quand l'exercice du droit auquel l'acte se rapporte ne pourra avoir lieu qu'à partir du jour indiqué, *ex die, dies a quo* *; et résolutoire, quand le droit doit cesser au terme fixé, *in diem, dies ad quem* *. Dans l'un et l'autre cas, le terme peut être certain ou incertain, *dies certus, incertus*. On entend par *dies certus* une date certaine, déterminée par le calendrier, par exemple le 1er janvier 1850, lundi prochain [57]. Tout autre terme est appelé *incertus*. L'incertitude peut se rapporter à la question de savoir quand le jour arrivera, *incertus quando* *, ou bien il peut même être incertain s'il arrivera jamais, *incertus an* *. Toutefois, ce qu'on appelle terme incertain sous ce dernier rapport, *incertus an*, n'est pas un terme; c'est une véritable condition. Cette observation n'est pas une vaine subtilité; car la condition et le terme diffèrent essentiellement tant par leur nature que par leurs effets. En effet, la condition, comme nous l'avons dit, est un événement futur et incertain

[54] Fr. 11, § 1, in f. D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. « ... Cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset... » - Fr 105, D., *de condit. et dem.*, 35, 1. « Si fundum a testatore sub conditione legatum heres alio pendente conditione legavit, post existentem conditionem, quæ priori testamento præposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit, nec locum religiosum in eo fundo heres facere, nec servitutem imponere poterit : sed et imposita servitus finietur existente conditione. » — Pour les applications de ce principe, *voy.* ci-après, §§ 241, 242; t. III, §§ 468, 497, 501, et surtout t. II, § 288.

[55] Gaius, I, 186. - Fr. 14, pr. D., *de condict. furtiva*, 13, 1. - Fr. 5, pr. 7, § 1, D., *de condit. et dem.*, 35, 1. - Fr. 68, § 2, D., *de legatis I* (30).

[56] § 2, I., *quib. modis test. infirm.*, 2, 17. « ... Ideo, si quis... conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit..., paterfamilias intestatus moritur. » - Fr. 37, in f. D., *de contr. emt.*, 18, 1. - Fr. 8, pr. D., *de peric. et comm. rei vend.*, 18, 6. - Fr. 21, in f. D., *de solut.*, 46, 3.

[57] Fr. 21, pr. D., *quando dies legat. cedat*, 36, 2. « Si dies adposita legato non est, præsens debetur... Si *certa* est, veluti Calendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim *cedit*, sed ante diem peti non potest... » *Voy.* note 61.

d'où dépend l'efficacité de l'acte, tandis que le terme ne sert qu'à déterminer l'époque à laquelle on peut demander l'exécution du droit créé par l'acte. La condition suspend l'existence du droit [58], le terme au contraire suppose l'existence du droit dont il ne fait que retarder l'exécution. Il en résulte, entre autres conséquences, que si les parties contractantes ont ajouté à l'acte une modification qu'elles qualifient de condition, mais qui réellement consiste en un fait qui doit nécessairement arriver, cette modification est un véritable terme et doit être envisagée comme tel : le droit auquel l'acte se rapporte existera dès aujourd'hui ; seulement l'exécution en sera différée [59]. Par contre, si les parties ont donné la qualification de terme à un événement qui peut ne pas arriver, il est évident que cette modification prend la nature de la condition et doit en produire l'effet, c'est-à-dire que l'existence du droit auquel l'acte se rapporte est suspendue jusqu'à ce que l'événement arrive. Il suffit ici d'établir cette différence fondamentale dont nous tirerons par la suite des conséquences très-importantes.

Le mot *modus* a une signification assez vague. Comme terme technique, désignant une clause qui produit des effets déterminés, il ne se rencontre guère que dans les actes de libéralité, par exemple, dans les donations et dans les testaments. Il a pour but d'imposer certaines obligations à la personne à laquelle on accorde la libéralité. Dans le langage vulgaire, et même dans celui de nos jurisconsultes, le *modus* est quelquefois appelé *conditio*. Cependant le *modus* proprement dit diffère de la condition en ce que 1° le *modus* ne suspend pas l'effet de l'acte auquel il est ajouté ; souvent même le produit de l'acte doit servir à l'exécution du *modus ;* 2° on ne peut pas exiger l'accomplissement de la condition quand même elle dépendrait de la volonté de la personne qui doit acquérir le droit, tandis qu'on peut exiger l'exécution du *modus* de la part de celui qui en est chargé [60]. Au reste, il est évident que si les parties ont donné la qualification de *modus* à un fait de l'accomplissement duquel dépend l'acquisition du droit, ce fait constitue une véritable condition et en produit les effets.

Observation. En général, pour déterminer la nature et les effets des

[58] Nous ne parlons ici que des conditions ajoutées à un acte qui a pour but de créer un droit (conditions dites suspensives) ; mais le même raisonnement s'applique aux conditions dites résolutoires.

[59] Par exemple, Fr. 8, § 7, D., *de condit. instit.*, 28, 7. - Fr. 44, D, *de manumiss. testam.*, 40, 4.

[60] Fr. 71. pr. D., *de condit. et demonstrat.*, 35, 1. - Fr. 80, in f. D., *eodem.* « ... Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, *si* monumentum fecerit, et eum, cui datum est, *ut* monumentum faciat. » - Fr. 17, § 2, D., *de manumiss. test.*, 40, 4. « Hae scriptura testamenti : *Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationes reddat,* an sub conditione libertas videatur ? quæsitum est. Respondit : pure quidem datam libertatem videri, et illam adjectionem, *ita ut rationes reddat,* conditionem libertati non injicere. tamen, quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, rogendum eum ad rationes reddendas. » - Fr. 44, D, *eodem.* - Fr. 41, pr. D., *de contr. emt.*, 18, 1. « ... Si vero sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur. »

conventions particulières ajoutées à un acte, il faut plutôt considérer l'intention des parties que les termes dont elles se sont servies. Cela s'applique même à l'interprétation de plusieurs passages de nos sources. Nous avons déjà cité quelques textes dans lesquels les termes *conditio*, *dies* et *modus* sont employés l'un pour l'autre. — Il importe de mentionner encore une acception toute particulière du mot *dies* dans les phrases *dies cedit* ou *cessit* et *dies venit*. On dit que *dies cedit* ou *cessit* du jour où l'on a acquis un droit, tandis que *dies venit* alors qu'on peut en exiger l'exécution. Dans les actes qui ne contiennent ni terme, ni condition, *dies cedit* et *venit* au moment de la passation de l'acte; dans un acte qui contient un terme sans condition, *dies cedit* à l'instant, tandis que *dies venit* à l'arrivée du terme [61].

DE L'INTERPRÉTATION DES ACTES.

§ 124.

L'acte juridique étant une déclaration de volonté, il faut avant tout rechercher quel a été le but que les personnes qui l'ont fait s'étaient proposé. Dans l'interprétation des termes employés, nous nous arrêterons ordinairement au sens que l'usage leur attribue [62]; toutefois, nous serons obligé de nous écarter de cette règle quand il résultera évidemment des circonstances qu'on leur a voulu donner une autre signification, * *quilibet est optimus verborum suorum interpres* * [63]; car on doit, en général, avoir plus d'égard à l'intention des parties qu'au sens littéral des termes [64].

Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la nature de l'acte. * *Interpretatio facienda est secundum naturam negotii* * [65]. — Dans le doute, les dispositions d'un acte s'inter-

[61] Fr. 213, pr. D., *de verb. signif.*, 50, 16. « *Cedere diem* significat, incipere deberi pecuniam : *venire diem* significat, cum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione. » — *Voy.* ci-après, t. III, § 499, des détails sur cette terminologie qui est surtout importante en matière de legs.

[62] Fr. 25, § 1, D., *de legatis III* (32). « Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio. » Fr. 69, pr. D., *eodem*. « Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sanxisse testatorem. » Arg. Fr. 34, 114. D., *de reg. juris*, 50, 17. — Applications, Fr. 9-12. D., *de tritico, vino vel oleo legatis*, 33, 6.

[63] Fr. 96, D., *de reg. juris*, 50, 17. « In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset. » - Fr. 21, § 1, D., *qui testam. fac.*, 28, 1. - Fr. 50, § ult. D., *de legatis II* (31).—Dans les actes bilatéraux il est évident que c'est la volonté commune des deux parties qui doit décider. Sous ce rapport, la manière dont l'acte a été exécuté par les deux parties peut souvent nous guider dans l'interprétation de l'acte.

[64] Fr. 219, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit... » - Fr. 24 (25), D., *de rebus dubiis*, 34, 5. - L. 3, C., *de liberis præteritis*, 6, 28. - L. 25, § 1, in f. C., *de legatis*, 6, 37.

[65] Fr. 67, *de reg. juris*, 50, 17. « Quoties idem sermo duas sententias exprimit ea potissi-

prêtent contre celui en faveur de qui elles sont faites; car il ne peut imputer qu'à lui-même de n'avoir pas mieux déterminé la nature de l'avantage qu'il veut obtenir. * *Interpretatio facienda est contra eum qui clarius loqui potuisset ac debuisset* *[66]. Il en résulte que dans les obligations l'interprétation des points douteux doit se faire en faveur du débiteur [67], et que particulièrement, quand le doute se rapporte à la quotité de la dette, on doit toujours admetttre la moindre quotité. *Semper in obscuris, quod minimum est sequimur* [68]. Cette règle est encore fondée sur ce qu'on ne doit pas admettre sans motif que quelqu'un ait voulu s'imposer une obligation ou se priver de quelque chose. C'est par des motifs analogues que les actes de pure libéralité ne se présument pas facilement, et que les renonciations doivent toujours être interprétées de la manière la plus étroite [69].

Il va sans dire que, dans un acte qui contient diverses dispositions connexes, toutes les clauses doivent s'interpréter les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

Enfin, comme on ne peut raisonnablement supposer que les parties aient voulu faire quelque chose d'inutile ou d'illusoire [70], on doit, autant que possible, interpréter les dispositions d'un acte dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet [71].

DU TEMPS.

§ 125. *Computatio civilis. Computatio naturalis.*

En droit romain on distingue les parties suivantes du temps :

1° Le jour, *dies*, qui peut être civil ou naturel. Le *dies civilis* commence

mum excipiatur, quæ *rei gerendæ aptior est.* » - Fr. 11, § 1, D., *de act. emti et vend.*, 19, 1. - Fr. 29. D., *locati*, 19, 2. - Fr. 16 D., *de condit. et demonst.*, 35, 1. - Fr. 45, pr. D., *de damno infecto*, 39, 2.

[66] Fr. 39, D., *de pactis*, 2, 14. - Fr. 21. 33. D., *de contrah. emt.*, 18, 1. - Fr. 172, pr. D., *de regulis juris*, 50, 17. — Mais voy. Fr. 66, D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 24 (25), D., *de rebus dubiis*, 34, 5. - Fr. 85, pr. Fr, 179, D., *de regulis juris*, 50, 17.

[67] Fr. 26. D., *de rebus dubiis*, 34, 5. « Cum quæritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est. » - Fr. 38, § 18, D., *de verb. obl.*, 45, 1. - Fr. 99, pr. D., *eodem.* « Quidquid adstringendæ obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est; ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere... » - Fr. 21. 33, D., *de contrahenda emtione*, 18. 1.

[68] Fr. 9. 34, D., *de regulis juris*, 50, 17. - Fr. 39, § 6, D., *de leg. I* (30). - Fr. 99, pr. D., *de verb. obl.*, 45, 1.

[69] Arg. Fr. 25, D., *de probat.*, 22, 3. - Fr. 47, § 1, D., *de pactis*, 2, 14. - Fr. ult. § 3, D., *de cond. indeb.*, 12. 6. - Arg. L. 21, C., *ad Sc. Vellej.*, 4. 29.

[70] Fr. 67, *de reg. juris*, 50, 17. — *Voy.* ci-dessus, note 65.

[71] Fr. 80, D., *de verb. obl.*, 45, 1. « Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. » - Fr. 34, § 1, D., *de leg. II*

à minuit pour finir à minuit, et se divise en vingt-quatre heures égales [72]. Le *dies naturalis* est l'espace qui s'écoule entre deux levers de soleil. Dans cet espace on comptait douze heures de jour depuis le lever jusqu'au coucher du soleil, et douze heures de nuit depuis le coucher du soleil jusqu'au lever suivant, de sorte que la durée des heures variait selon la longueur du jour et de la nuit. Malgré ces variations, midi est cependant toujours la sixième heure du jour, *sexta hora diei*, et minuit la sixième heure de la nuit, *sexta hora noctis* [73]. Quoique dans la vie ordinaire on se servît de cette manière de fixer le temps, nos jurisconsultes prennent cependant habituellement le *dies civilis* pour base de leurs calculs.

2° Le mois, *mensis*. Quand il y a une date déterminée, on compte d'après le calendrier; mais quand il s'agit d'un délai de plusieurs mois pris *in globo*, le mois est censé avoir trente jours [74].

3° L'année, *annus*, compte 365 jours. L'année bissextile, qui a 366 jours, ne compte cependant que comme une année ordinaire, le jour intercalaire, qui est le 24 février, étant censé ne faire qu'un jour avec le 25 février. En d'autres termes, tout ce qui a eu lieu le 24 février est considéré comme se passant le jour suivant [75]. C'est pourquoi le 24 février est appelé *sextus posterior* tandis que le 25 s'appelle *sextus prior* [76].

(31). - Fr. 12, D., *de rebus dubiis*, 34, 5. « ... Ut res de qua agitur, magis valeat, quam pereat. » - Fr. 21, D., *eodem*. - Fr. 97, D., *de regulis juris*, 50, 17. — Toutefois « quæ... ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent. » - Fr. 73, § 3, D., *de reg. juris*, 50, 17. — *Voy.* encore Fr. 188, pr. D., *eodem* et Fr. 10, pr., Fr. 27 (28), D., *de rebus dubiis*, 34, 5.

[72] Fr. 8, D., *de feriis*, 2, 12. « More romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur... » - Aulu Gelle, III, 2 in f. - Macrobe, *Sat.* I, 3. - Censorin., *de die nat.*, c. 23. « Ceterum Romani a media nocte ad mediam noctem diem esse existimaverunt. »

[73] Censorin., *de die nat.*, c. 23. « *Naturalis* dies est tempus ab oriente sole ad occasum, cujus contrarium tempus est nox, ab occasu solis usque ad exortum .. In horas duodecim divisum esse diem, noctesque in totidem, vulgo notum; sed hoc credo Romæ post reperta solaria observatum. »

[74] Fr. 28 et 31, § 22, D., *de Ædil. edicto*, 21, 1. - Fr. 11, § 6. Fr. 29, § 5, D., *ad legem Juliam de adulteriis*, 48, 5. - L. ult. §§ 2 et 11, C., *de jure deliber.*, 6, 30. - *Nov.* 115, c. 2. — Au reste, dans quelques cas la loi détermine la durée du mois d'une manière différente. L. 5. pr. C., *de temporibus appellat.* 8, 63. « ... Trium mensium spatiis. id est, nonaginta tribus diebus... » — Sur le Fr. 101, D., *de reg. juris*, 50, 17, *voy.* la note 80.

[75] Fr. 98, pr. D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Cum bissextum Calendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Calendas ejus natalis dies est : *nam id biduum pro uno die habetur.* Sed posterior dies intercalatur, non prior : ideo, quo anno intercalatum non est sexto Calendas natus, cum bissextum Calendis est, priorem diem natalem habet. » - Fr. 3, § 3, in f. D., *de minor.*, 4, 4.

[76] Pour comprendre cette terminologie, il faut se rappeler la manière dont les Romains comptaient les jours des mois. Le 1er mars était *Kalendæ Martiæ*. Puis :

Le 29	février	était	Pridie Kal. Mart.
Le 28	—	—	Tertius ante K. M.
Le 27	—	—	Quartus.
Le 26	—	—	Quintus.

Pour déterminer le moment auquel un délai expire, nous trouvons chez les Romains deux modes différents de compter. A la rigueur, un délai n'est expiré que pour autant que le dernier moment en soit écoulé : tant que la plus petite partie du délai manque, il n'est pas accompli. Il faudrait donc compter depuis le premier moment jusqu'au dernier, *a momento ad momentum* [77]. Cette manière de compter, qu'on appelle *computatio naturalis*, est, à la vérité, la plus exacte; mais elle ne laisse pas de présenter quelque inconvénient. Car dans la plupart des cas on ignore le moment précis où un délai a commencé, et par conséquent celui auquel il doit finir [78]. C'est par ce motif qu'en droit on ne tient pas toujours compte des petites divisions du temps, et que dans beaucoup de cas un délai est censé accompli dès que le dernier jour en est arrivé, ou, comme on dit ordinairement, * *dies novissimus cœptus pro jam completo habetur* * [79]. On appelle cette manière de compter * *computatio civilis* *.

Quoique la *computatio naturalis* doive former la règle [80], le droit romain emploie cependant fréquemment l'autre manière de compter, particulièrement quand il s'agit de l'acquisition d'un droit ou d'une qualité; par exemple, pour le délai de l'usucapion, pour la capacité de tester, pour déterminer l'âge qui donne le droit d'affranchir un esclave, etc. [81].

Le 23 février était Sextus prior. } Bissextus dies.
Le 24 jour intercalaire, Sextus posterior. }
Le 25 — — Septimus, etc

[77] Fr. 6, D., *de usurpat.*, 41, 3. « In usucapionibus non *a momento ad momentum*, sed totum postremum diem computamus. »

[78] Cette considération se trouve dans une autre application au Fr. 8, D., *de feriis*, 2, 12. « More romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quidquid in his viginti quatuor horis, id est, duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset. »

[79] Quelques auteurs, se trompant sur le motif de cette règle, l'ont étendue d'une manière arbitraire aux autres divisions du temps en soutenant qu'un mois, ou un an, etc., commencés devaient être considérés comme étant déjà accomplis. Cette extension ne peut point être justifiée; la disposition du Fr. 8, D., *de muner.*, 50, 4, reproduite dans le Fr. 74, § 1, D., *ad Sc. Trebell.*, 36, 1, ne saurait être appliquée par analogie.

[80] C'est ainsi que l'on réussit à concilier le Fr. 101, D., *de reg. juris*, 50, 17, avec la règle que nous avons donnée à la note 74. Le sens de ce fragment, « Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est » est tout simplement : « Un délai n'est pas accompli avant que le dernier moment en soit écoulé. Si la loi fixe un délai, on ne doit pas appliquer la règle que *dies cœptus pro completo habetur*. Par conséquent le délai de deux mois ayant commencé *pendant* la première journée n'est pas encore accompli au commencement de la soixante et unième journée. » — C'est de la même manière qu'on doit expliquer le Fr. 3, § 3, D., *de minor.*, 4, 4.

[81] A) Gaius, I, 111, et Aulu-Gelle, *N. A.*, III, 2 in f., comparés avec Fr. 15, pr. D., *de divers. tempor. præscr.*, 44, 3. - Fr. 6, 7, D., *de usurp. et usuc.*, 41, 3.— B.) Fr. 5, D., *qui test. fac. possunt*, 28, 1.—C.) Fr. 1, D., *de manumiss.*, 40, 1.—Ajoutons encore qu'on suivait le mode civil pour déterminer l'âge de l'*anniculus*. (*Voy.* § 97, note 23.) Fr. 134, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « *Anniculus* non statim, ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. »

§ 126. *Continuum, utile tempus.*

Dans l'ancien droit, le nombre des jours auxquels il était permis d'agir en justice était fort restreint (§ 46). Il en résultait souvent qu'un espace de temps assez long n'offrait en réalité aux parties qu'un petit nombre de jours, puisque de fait tous les jours néfastes étaient inutiles dans le délai. Cela était surtout sensible dans les délais, ordinairement très-courts, que les préteurs fixaient pour l'exercice des actions nouvelles ou des autres remèdes de droit qu'ils créaient. Pour ne pas contrarier l'équité, dont ils se rendaient habituellement les interprètes, ces magistrats décomptaient donc les jours inutiles, et ne faisaient entrer dans les délais que les jours où les parties étaient réellement à même de s'adresser à la justice. Les délais qu'on comptait ainsi étaient appelés *utiles*, tandis qu'on donnait le nom de *continuum tempus* à un délai dans lequel tous les jours sans distinction étaient comptés. Par la suite, quand la distinction dont il vient d'être parlé eut disparu, on nomma *tempus utile* celui dans lequel on ne comptait que les jours auxquels la partie avait pu agir en justice, *experiundi potestatem habere*, en négligeant les jours où, par un obstacle quelconque, elle n'avait pas joui de cette faculté [82].

Parmi ces obstacles, les commentateurs ont particulièrement distingué celui qui résulte de ce que la partie ignore l'existence d'un droit qui lui est ouvert. Ils ont appelé * *utile ratione initii* * le délai qui ne court qu'à partir du moment où elle a connu le fait qui donne naissance à ce droit [83].

[82] Fr. 2, pr. D., *quis ordo in possess. serv.* 38, 15. « *Utile tempus* est bouorum pessessienum admittendarum. Ita autem ntile tempus est, ut singuli dies in ee utiles sint; seilicel, nt per singulos dies et scierit et potuerit admittere : eeterum quaenuque die neseierit aut non petuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei nen eedat. » — Fr. 1, D., *de divers. temporal. præscript.* 44, 3. « Quia traetatus de *utilibus diebus* frequens est, videamus, quid sit, *experiundi potestatem habere*. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque suffieit reo experiundi seeum facere potestatem, vel habere eum qui se idenee defendat, nisi aeler quoque nulla idenea causa impediatur experiri. Preinde sive apud hestes sit, sive reipublieæ causa abait, sive in vineulis sit, aut ai tempestate iu loeo alique vel in regiene detineatur, ut ueque experiri, neque mandare possil, experiundi petestatem nen habet. Plane is qui valetudine impeditur, ut mandare pessit, in ea eausa est, ut experiundi habeat petestatem. Illud ulique neminem fugil, experiundi potestatem nou habere eum, qui Prætoris eopiam nen habuit; proinde hi dies eeduut quibus jus Præter reddit. » *Voy.* encere Gaius, II, 171-173. - Ulpian, XXII, 31-32. - Fr. 5, § 14, D., *quæ in fraudem credit.* 42, 8, et la note 83. — Peur mettre fin aux incertitudes que cette netien vague devait faire naître. Justinien remplaça le délai utile d'un an, *annus utilis*, fixé pour la restitulien eu entier, par celui de quatre années continues, *quadriennium continuum*. L. 7, C., *de temporibus in integrum restit.* 2, 53. Il eût été sans deule plus ratiennel d'étendre cette dispesilion à teus les délais utiles ; mais la eenstitution eitée ne parle que des restitutiens en entier.

[83] Fr. 6, D., *de calumn.* 3, 6. - Fr. 55, D., *de Ædil. edicto,* 21, 1. - L. 2, C., *qui admitt. ad bonor. possess.* 6, 9.

Par contre, ils entendent par * *continuum ratione initii* * le délai qui commence à une époque déterminée, sans que l'on ait égard à l'ignorance des parties intéressées. Pour distinguer cette acception particulière des autres cas compris dans la notion romaine, on a l'habitude de désigner ces derniers par les termes : * *tempus utile, continuum ratione cursus* * [84].

Au reste, dans quelque acception que l'on prenne les termes, le *continuum tempus* forme toujours la règle ; les délais ne sont *utiles* que lorsque la loi les déclare tels.

TITRE CINQUIÈME.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS PAR VOIE EXTRAJUDICIAIRE.

§ 127. *On ne doit pas se faire justice à soi-même.* — Jus retentionis.

Quand un droit que la loi nous reconnait est contesté ou lésé, nous pouvons nous adresser à l'autorité judiciaire, à l'effet d'obtenir le maintien de l'état actuel des choses ou la réparation du préjudice qui nous a été causé. En général, il ne nous est pas permis de nous faire justice à nous-mêmes. Nous ne pouvons ni nous emparer de la chose détenue par un autre, en nous fondant sur ce qu'elle nous appartient, ni retenir la chose d'un autre, afin de le forcer à nous faire une prestation que nous soutenons nous être due.

Ce principe ne se trouvait pas écrit d'une manière aussi générale dans la législation romaine ; mais il était consacré par différentes dispositions particulières qui furent étendues par la suite et finirent par embrasser tous les cas imaginables. D'abord, celui qui, pour se rendre justice à lui-même, employait des voies de fait, était passible des peines comminées par les lois criminelles, parmi lesquelles on distingue surtout la loi *Julia de vi* [1].

[84] En analysant les différents csa qui peuvent se présenter. on arrive aux combinaisons suivantes : *tempus continuum ratione initii et ratione cursus*, le délai ordinaire ; *tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus ; tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus ; tempus utile ratione initii et ratione cursus.*

[1] § 6, I., *de interdictis*, 4, 15. - Tit. D., *ad legem Jul. de vi publ. et priv.*, 47, 6. 7. - Tit. Th. C., *eodem*, 9, 10. - Tit. J., C., *eodem*, 9, 12. — *Voy.* encore Tit. I., *de vi bonorum raptorum*, 4, 2. - Tit. D., *vi bonorum raptorum*, 47, 8. - Tit. C., *eodem*, 9, 33.

Nous verrons ci-après que toute tentative de ce genre, qui était dirigée contre la chose détenue par un autre, était aussi civilement réprimée par les interdits possessoires, actions accordées à quiconque possède une chose, abstraction faite de la question de savoir s'il a ou non le droit de la posséder. Il en résultait qu'il n'était point permis, même au propriétaire de la chose, de s'en emparer contre la volonté de la personne qui la possédait, et qu'il était obligé de suivre la voie légale pour la recouvrer. Sous ce rapport, les interdits possessoires étaient donc indirectement une barrière puissante contre tout essai de se faire justice à soi-même; mais ils ne servaient que pour les choses susceptibles d'être possédées : ils ne s'appliquaient pas aux obligations [2].

Cette lacune fut comblée par diverses constitutions impériales. D'abord, un décret de Marc-Aurèle avait fait perdre sa créance, *jus crediti*, à un créancier qui, de sa propre autorité, s'était emparé d'une chose qui lui était due [3]. Après quelques modifications, il fut posé en principe que celui qui se mettrait par force en possession d'une chose encourrait, en faveur de la personne attaquée, une peine égale à la valeur de l'objet, c'est-à-dire qu'il perdrait la chose si le droit lui appartenait réellement, et qu'au cas contraire il devrait en donner la valeur [4].

Au reste, si la loi punit la tentative de se faire justice à soi-même, il n'en est pas moins permis de défendre, même d'une manière violente, son corps et ses biens contre des attaques injustes, pourvu que la défense reste dans les justes bornes. Ce droit, que les jurisconsultes font dériver du *jus naturæ* [5], est expressément reconnu par le *jus civile* et confirmé par plu-

[2] *Voy.* ci-après §§ 174. 175. 176.

[3] Fr. 7. D., *ad legem Jul. de vi privata*, 48, 7. « Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent : alioquin, si in rem debitoris sui intraverint, nullo id concedente, Divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti hæc sunt : *Optimum est ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris...* Et cum Marcianus diceret : *Vim nullam feci*, Cæsar dixit : *Tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit : non puto autem nec verecundiæ, nec dignitati tuæ convenire quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice tenere possidere, eumque sibi jus in ea re dixisse, jus crediti non habebit.* - Fr. 8, D., *eodem.* - Fr. 12, § 2, Fr. 13, D., *quod metus causa*, 4, 2. - Fr. 2, § 18, D., *vi bon. rapt.*, 47, 8. - L. 7, C., *unde vi*, 8, 4, et § 6, I., *de interdictis*, 4, 15.

[4] § 1, *de vi bonor. rapt.*, 4, 2. « ... Melius divalibus constitutionibus... prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem, vel se moventem, licet suam eandem rem existimet : sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant. » — *Voy.* encore L. 3, Th. C., *ad leg. Jul. de vi*, 9, 10. - Fr. 13, D., *quod metus causa.*, 4, 2. - L. 7, 10, C., *unde vi*, 8, 4, et § 6, I., *de interdictis*, 4, 15.

[5] *Inculpata tutela, inculpatæ tutelæ moderatio.* Fr. 3, D., *de justitia et jure*, 1, 1. « ... Nam jure hoc (gentium) evenit, ut, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse

sieurs applications particulières [6]. On est même allé plus loin dans un cas où il a paru difficile de distinguer les limites entre l'attaque et la défense : la loi nous autorise à reprendre de vive force la possession d'une chose dont on nous a dépossédé violemment ; mais il faut que nous le fassions à l'instant même, *in ipso congressu* [7].

En général, nous ne pouvons pas non plus, de notre seule autorité, retenir la chose d'un autre sous prétexte qu'il nous doit [8]. Cependant, dans certains cas où il y a connexité entre la chose et la créance [9] que nous voulons faire valoir, la loi nous permet d'agir ainsi jusqu'à ce que nous ayons été satisfait [10], *retentio*, * *jus retentionis* * ; notamment : 1° à cause de dépenses faites pour l'acquisition et la conservation de la chose en question [11] ; 2° quand nous avons éprouvé un dommage par la chose même que nous retenons [12]. En outre, nous trouvons en matière de gage une applica-

existimetur... » — Fr. 1, § 27, D., *de vi et vi armata*, 43, 16. « Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. » — Le Fr. 1, § 11, D., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 9, 1, fait aux animaux une application assez singulière de ce précepte du *jus naturæ*. *Voy.* ci-après, t. II, § 366.

[6] L. 1, C., *unde vi*, 8, 4. « Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet. » — Déjà la loi des Douze Tables permettait de tuer le voleur surpris la nuit en flagrant délit, ou surpris le jour dans le même délit étant armé. Cic., *pro Milone*, 3. - § 2, I., *de lege Aquilia*, 4, 3. - Fr. 4. Fr. 5, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2. - Fr. 54, § 2, D., *de furtis*, 47, 2. - Cf. Fr. 9, D., *ad leg. Cornel.*, 48, 8, et L. 1, C., *quando liceat unicuique sine judice se vindicare*, 3, 27. — D'autres exemples *de légitime défense* : Fr. 29, § 1. Fr. 45, 4, D., *ad leg. Aquil.*, 9, 2. - Fr. 3, § 9, D., *de vi et vi armata*, 43, 16. - L. 1, C., *unde vi*, 8, 4. - L. 3, 4, C., *ad legem Corn. de sicariis*, 9, 16.

[7] Fr. 17, D., *de vi et vi armata*, 43, 16. « Qui possessionem vi ereptam, vi *in ipso congressu* receperit, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est... »

[8] L. 4, C., *commodati*, 4, 23. « Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. »

[9] Une simple créance naturelle suffit à cet effet. *Voy.* ci-après, t. II, § 277.

[10] Fr. 15, § 2, D., *de furtis*, 47, 2. « ... Retentionem ..... quasi pignoris loco. » Le moyen dont on se sert pour faire valoir le droit de rétention est une *exceptio doli*. *Voy.* ci-après, §§ 185 obs., 188-189, 206 vers la fin, et t. II, § 277.

[11] Fr. 14, § 1, D., *communi dividundo*, 10, 3. « Impendis autem, quæ, dum proprium meum fundum existimo, feci,... si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere... » - Fr. 8, pr. D., *de pignor. act.*, 13, 7. » Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum *retentionem*, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse ; item insulam fulsisse vel refecisse, et postea deustam esse, nec habere, quod possem retinere. « — *Voy.* encore Fr. 50, § 1, D., *de heredit. pet.*, 5, 3. - Fr. 27, § 5. Fr. 48, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 6, § 4. Fr. 51, D., *de condict. indeb.*, 12, 6. - Fr. 18, § 4, D., *commodati*, 13, 5. - Fr. 2, pr. D., *de lege Rhodia de jactu*, 14, 2. - Fr. 1, pr. D., *quibus modis pign. solv.*, 20, 6. - Fr. 15, § 2, D., *de furtis*, 47, 2.

[12] Fr. 7, § 2, D., *de damno infecto*, 39, 2. - Fr. 9, § 3, D., *eodem*. « Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de præterito quoque damno mihi cavisses. » (Fr. 8, D., *de incendio, ruina, naufr.*, 47, 9.)

tion toute spéciale du droit de rétention [13]. Pour quelque cause, au reste, que l'on veuille user de ce droit, il faut toujours que notre pouvoir sur la chose n'ait pas été établi d'une manière illégale [14].

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS PAR VOIE JUDICIAIRE.

DES ACTIONS [*].

I. — Introduction historique.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

§ 128.

Nous avons souvent eu l'occasion de faire remarquer le caractère exclusif et rigoureux du droit civil des Romains. Le titre des actions nous en fournit de nouvelles preuves. *Actio* est le terme technique pour désigner les moyens que la loi offre aux particuliers à l'effet de faire valoir leurs droits. Or, comme de fait un droit n'a d'utilité que pour autant qu'on puisse le faire valoir, on s'habitua bientôt à considérer l'action comme devant nécessairement accompagner tout droit, et dans le langage des Romains un rapport quelconque ne reçoit le nom de droit que lorsque la loi positive a créé une action pour le protéger [15]. L'efficacité de cette protection consiste dans la condamnation de celui qui a lésé ou contesté notre droit. Or, la nature de la condamnation était chez les Romains déterminée d'avance par des formules conçues en des termes sacramentels. Il en résultait qu'une demande qui ne s'adaptait pas entièrement à une formule exis-

[13] L. un. C., *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, 8, 27. *Voy.* ci-après, § 247.

[14] Arg. Fr. 25, D., *de pignoribus*, 20, 1. « Cum vitiose, vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est... » — *Voy.* encore la L. 1, C., *unde vi*, 8, 4, citée ci-dessus à la note 6.

[*] Parmi les ouvrages spéciaux qui, dans les derniers temps, et surtout depuis la découverte de Gaïus, ont été publiés sur cette matière, nous avons à signaler ici : M. Bethmann-Hollweg, *Handbuch des Civil-processes*, 1834. — Zimmern, *Traité des actions*, 1839 (formant le tome III de l'*Histoire du droit romain* du même auteur), traduit par M. Etienne, Paris 1843. — M. Walter, *Histoire de la procédure civile chez les Romains* (extraite de l'*Histoire du droit romain* du même auteur), traduite par M. Ed. Laboulaye, Paris 1841. — M. Bonjean, *Traité des actions*, 2 vol. Paris 1841, —M. Keller, *der Römische Civilprocess und die Actionen*, Leipzig, 1852.

[15] C'est ainsi qu'on refuse le nom d'*obligatio* à l'obligation naturelle, qui n'est point protégée par une action *Voy.* Fr. 7, § 4, D., *de pactis*, 2, 14 ; Fr 10, D., *de verb. signif.*, 50, 16, et ci-après, t. II, § 277.

tante ne pouvait être admise quand même elle aurait été conforme aux idées de justice et d'équité : le droit civil n'avait pas créé de condamnation pour ce cas ; par conséquent personne ne pouvait invoquer de ce chef la protection des magistrats établis par le *jus civile* [16]. A la longue cependant, ce système étroit dut paraître insuffisant. Les transactions sociales faisaient naître des rapports de droit que la loi n'avait pas prévus, et l'extension du commerce exigeait des réformes que la législature ne pouvait pas toujours effectuer. Le préteur, les jurisconsultes et les empereurs comblèrent cette lacune : ils créèrent des actions nouvelles, et par là ils attribuèrent le caractère de droit à des relations qui ne l'avaient pas eu auparavant. Car, avoir une action, c'est avoir un droit, puisque l'action n'est autre chose que le moyen civil de faire valoir un droit. Aussi, dans la pratique romaine, les mots action et droit sont synonymes à tel point, que dans la plupart des cas, quand il s'agit de déterminer la nature d'une relation quelconque, les jurisconsultes ne se demandent pas quel est le droit qui en résulte, mais bien quelle est l'action qu'on peut intenter de ce chef.

D'après cela, on comprendra aisément combien la connaissance de la théorie des actions est nécessaire à quiconque veut saisir le droit romain dans son développement successif. A la rigueur, nous n'aurions point à nous occuper de la procédure ; toutefois, comme les formes de la procédure ont exercé une influence notable, même sur le droit matériel, il sera nécessaire d'en dire quelques mots.

MODE DE PROCÉDER.

§ 129. *Judicia ordinaria, judicia extraordinaria.*

Ce que nous appelons pouvoir judiciaire n'existait point à Rome, comme un pouvoir séparé. Dans le principe, l'unique magistrat du peuple, le roi, avait parmi ses autres attributions, que nous ferions entrer aujourd'hui dans le domaine du pouvoir exécutif ou administratif, la charge de rendre la justice aux particuliers. Ces attributions passèrent ensuite dans leur ensemble aux consuls, et le préteur urbain, que nous voyons figurer comme magistrat régulier depuis 387, avait les mêmes pouvoirs, à la seule différence près que son *imperium* était borné à la ville de Rome. Cette limita-

[16] Pour donner une idée de l'extrême sévérité avec laquelle ce principe était appliqué, nous pouvons nous borner à citer un passage de GAIUS, IV, 11. « ... Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione *vites* nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset *arbores* nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis, actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. »

tion eut naturellement pour effet de faire de l'administration de la justice son occupation principale et presque exclusive, bien que les consuls et même d'autres magistrats, spécialement les Édiles, pussent y concourir également[17]. Quoi qu'il en soit, comme cette administration n'appartenait point à toutes les charges qui furent créées pendant la république, on fut amené à la distinguer, sous le nom de ***jurisdictio***, comme un élément spécial propre à certaines magistratures[18]. Le besoin de déterminer avec quelque précision les limites de ce pouvoir se fit sentir davantage lorsque les municipes et les villes libres furent entrés dans la cité romaine : car les magistrats municipaux continuèrent pendant longtemps à rendre la justice aux bourgeois de leurs villes, ***jus dicere;*** mais ils n'avaient évidemment aucun ***imperium***. Ainsi, l'on finit par distinguer les magistrats ayant l'***imperium*** avec ***jurisdictio***, ou, comme on disait, ***imperium mixtum;*** les magistrats ayant l'***imperium*** dépourvu de ***jurisdictio*** et appelé ***potestas*** ou ***imperium merum***[19]; enfin, ceux qui, comme les magistrats municipaux, étaient bornés à la simple ***jurisdictio***. Malgré l'apparente précision de cette terminologie, les notions qu'elle a pour but de déterminer restèrent toujours plus ou moins vagues et elles échappent à une analyse exacte[20]. Aussi nous abstiendrons-nous de nous étendre davantage sur la matière[21], et renvoyons pour

[17] *Voy.* ci-dessus, § 27, nos 2, 4, et § 52, notes 31, 37, 38.

[18] C'est à cette époque qu'appartient l'analyse plus célèbre qu'exacte des éléments renfermés dans la juridiction du Préteur : Do, DICO, ADDICO, à laquelle se rapporte le vers d'OVIDE, *Fasti*, 47. « (Dies) ille nefastus erit, per quem *tria verba* silentur. » Cf. MACROBE, *Saturn.*, I, 16. « Fasti sunt quibus licet fari prætori tria verba solennia : do, dico, addico... » Cf. VARRON, *de l. l.*, VI, 29, ci-dessus, § 46, note 37.

[19] ULPIEN, Fr. 3, D., *de jurisdictione*, 2, 1. « *Imperium* aut *merum* est, aut *mixtum* est. *Merum* est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam Potestas appellatur. *Mixtum* est imperium, cui etiam *jurisdictio* inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. »

[20] En comparant le passage transcrit dans la note précédente avec d'autres textes, notamment avec les Fr. 1. 2. 4, D., *eodem*, et le Tit. D., *de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, 1, 21, on acquiert la conviction que la terminologie exposée par Ulpien n'était ni généralement adoptée ni comprise d'une manière uniforme. Cette incertitude se trahit, au reste, dans plus d'un passage des jurisconsultes classiques. Ainsi PAUL, Fr. 26, D., *ad municip.*, 50, 1, refuse au magistrat municipal le pouvoir de faire certains actes, parce que ces actes « *magis* imperii sunt quam jurisdictionis; » et la même raison se trouve dans un passage d'ULPIEN, Fr. 4, D., *de jurisd.*, 2, 1. — Quelque choquante que paraisse cette incertitude au point de vue théorique, il est probable que dans la pratique elle entraînait moins d'inconvénients qu'on ne pourrait le croire au premier abord. Que ceux qui s'en étonnent se rappellent combien peu encore nos idées sur la division des pouvoirs sont arrêtées aujourd'hui. Et pour citer un exemple plus pratique, le terme « droits civils » que nous voyons employé sans scrupule dans nos codes, dans nos constitutions, dans nos ouvrages théoriques, a-t-il une signification beaucoup plus précise que le terme romain dont nous venons de parler?

[21] Mentionnons seulement, comme hors-d'œuvre 1° que les Romains admettaient comme nous la division en *jurisdictio voluntaria* et *contentiosa* (Fr. 2, D., *de officio proconsulis*, 1, 16); 2° que les mots *juris dictio* et *officium jus dicentis* sont en général synonymes, mais que cependant le dernier terme est parfois employé dans une signification plus étendue, qui

les détails de l'organisation judiciaire à l'introduction historique, où nous avons réuni tout ce qui est nécessaire pour l'intelligence de la procédure romaine [22].

Nous n'avons point de renseignements sur le système de procédure en vigueur sous les rois. Dans les temps suivants, nous trouvons une idée fondamentale qui domine toute la procédure : c'est la séparation du point de droit d'avec les faits [23]. Les plaideurs se présentaient devant le préteur et lui exposaient leurs prétentions respectives. Si dès le premier abord tous les faits étaient clairs, le préteur condamnait ou renvoyait le défendeur sur-le-champ; mais ce cas était naturellement fort rare. Or, toutes les fois qu'il y avait contestation sur les faits allégués par les parties, le magistrat ne jugeait point l'affaire; il se bornait à l'instruire, c'est-à-dire qu'il examinait si, en supposant vrais les faits avancés par le demandeur, ses prétentions méritaient la protection qu'il réclamait. En cas d'affirmative, il constatait le point sur lequel roulait la contestation et renvoyait les parties devant le juge, qui alors avait à prononcer. A cet effet, le demandeur recevait une instruction, *formula*, par laquelle il était ordonné au juge de condamner le défendeur, si les faits allégués dans la demande étaient établis, et de le renvoyer des poursuites dans le cas contraire : SI PARET, CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. C'était donc devant le juge que la preuve des faits devait être fournie, après que le préteur avait déjà préjugé la question de droit. Tout ce qui se faisait devant le magistrat s'appelait *in jure actum;* les opérations devant le *judex* étaient des actes *in judicio*. Les procès, instruits et jugés d'après cette règle, *ordo judiciorum privatorum*, étaient nommés *judicia ordinaria* [24]. — Ce mode de procéder avait lieu non-seulement devant les préteurs, mais encore devant les autres magistrats de Rome, quand ils exerçaient la juridiction et spécialement devant les édiles [25]. Dans les municipes, les *duumviri juri dicundo*, et les préfets suivaient le même système [26], ainsi que les gouverneurs et les questeurs dans les provin-

embrasse diverses attributions non comprises dans la simple *juris dictio*, p. ex., la faculté de présider à une *legis actio* (PAUL, II, 25, 4), ainsi que les attributions qui sont spécialement accordées à tel magistrat déterminé par des dispositions législatives, *cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps.* » *Voy*. Fr., 1, pr. D., *de off. ejus cui mandata est jurisdictio*, 1, 21. - Fr. 8, pr., § 18, D., *de transact.*, 2, 15 (ci-après, t. II, § 377). - Fr. 6, § 2, D., *de tutelis*, 26, 1 (ci-après, t. III, § 423). - Fr. 2, D., *de off. ejus cui mand.*, 1, 21 (ci-après, t. III, § 428).

[22] *Voy*. ci-dessus, § 27, nos 2. 4; §§ 36, 37, 38, 56, 57, 58, et pour les derniers temps de l'empire, § 78.

[23] Telle était évidemment l'idée originaire, comme l'indique d'ailleurs le terme *jus dicere* qui sert à désigner l'action du magistrat. Mais, d'un autre côté, il est tout naturel que, les rapports juridiques se compliquant de plus en plus avec les progrès de la civilisation, l'examen même des faits a dû plus tard souvent comprendre des questions de droit.

[24] *Voy*. pour les détails ci-dessus, § 33 et ci-après § 133.

[25] *Voy*. entre autres Fr. 63, D., *de Ædilitio edicto*, 21, 1.

[26] LEX DE GALLIA CISALPINA, 20 : « ... DUUMVIR, QUATUORVIR, PRÆFECTUSVE... ITA JUS DICITO,

ces [27]. Les empereurs encore et leurs délégués, le préfet du prétoire et le préfet de la ville, rendaient également justice de cette manière [28].

Toutefois, des exceptions à cette procédure ordinaire avaient déjà été introduites du temps de la république. Parfois, en effet, le préteur pouvait trouver convenable de se charger exceptionnellement, *extra ordinem*, de l'examen des faits contentieux [29]. Il réunissait alors en lui les fonctions de magistrat et de juge [30]. Cela s'appelait *cognoscere* [31] ; et les procès jugés de celle manière recevaient le nom de *extraordinariæ cognitiones, extraordinaria judicia* [32]. Les empereurs employaient ce mode de

JUDICIA DATO, JUDICARIQUE JUBETO... JUDICIUM DET ITAQUE JUDICARE JUBEAT : JUDEX FIAT, etc. » — Une loi agraire, appelée vulgairement *lex Mamilia*, contient au chap. 5 le passage suivant « . . SI QUIS ADVERSUS EA FECERIT... H. S. XXV... DARE DAMNAS ESTO, EJQUE EA DE CURATORIS, QUI HAC LEGE ERIT, JURISDICTIO RECIPERATORUMQUE DATIO ADDITIO ESTO. » *Voy. Script. rei agr.* (éd. Goes., p. 340; éd. Giraud, p. 98). - Paul., V, 5, 1. - Fr. 26, 28, D., *ad municip.*, 50, 1. — *Voy.* ci-dessus, §§ 37, 57, 78.

[27] *Voy.* ci-dessus, §§ 38, 58, 78. - Fr. 13, pr. § 1, D., *de jurisdict.*, 2, 1. - Fr. 12, § 1, D., *de judiciis*, 5, 1. — Le *procurator* ou *rationalis Cæsaris* qui, dans les provinces de l'empereur, remplissait les fonctions attribuées aux questeurs dans les autres provinces, n'avait point de *jurisdictio*. Fr. 23, § 1, D., *de appellat.*, 49, 1. - L. 1, C., *de pedan. jud.*, 3, 3. Cf. Gaius, 1, 6.

[28] A) Pour l'empereur Fr. 18, § 4, D., *de minor.*, 4, 4. - Suétone, *Néron.*, 15; *Domitien*, 8. - Dion Cassius, LX, 4, et ci-dessus, § 54, note 83. — B) Pour les deux prefets Fr. 12, § 1, D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 1, pr. D., *quis et a quo appelletur*, 49, 3.

[29] On disait aussi que le magistrat agissait *extra ordinem*, quand il exerçait l'une des attributions qui lui avaient été spécialement confiées par une disposition législative. *Voy.* ci-dessus, note 21.

[30] Dans quels cas le préteur agissait-il ainsi ? Il n'était, certes, à cet égard soumis à aucune règle. Mais le besoin de cette procédure extraordinaire était évident toutes les fois que le rapport, que le préteur cherchait à protéger ne pouvait en aucune façon entrer dans l'économie du *jus civile ;* par exemple, quand il s'agissait de protéger des enfants sous puissance, des esclaves, des affranchis contre leurs maitres ou patrons. La même nécessité existait originairement quand le préteur voulait restituer en entier contre les conséquences d'un acte civilement valable. Une mesure aussi violente ne devait, en effet, être prise que dans des cas graves dont le préteur ne pouvait laisser l'appréciation à un simple juge, aussi longtemps, du moins, que l'édit n'avait pas déterminé et précisé les causes pour lesquelles la restitution peut être accordée. *Voy.* ci-après, § 158.— Il suffit ici d'avoir fait comprendre la nécessité de la procédure extraordinaire. Nous avons indiqué ci-dessus, § 56, les causes qui en étendirent l'application sous les empereurs.

[31] *Cognoscere, cognoscens decernere cognitio*, en opposition à *jurisdictio ordinaria, actio, formula*. *Voy.* Suétone, *Claud.*, 15. « Negantem *cognitionis* rem, sed *ordinarii juris* esse. » - Le même, *Néron*, 15. - Ulpien, XXV, 12. - Fr. 9, § 1, D., *de off. procons.*, 1, 16. - Fr. 99, pr. D., *de verb. signif.*, 50, 16. — Le mot *cognoscere* est aussi employé quand c'est le *judex* qui examine à la fois le point de droit et le point de fait. Fr. 1, § 1, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 3, § 9, D., *ad exhibendum*, 10, 4. - Fr. 135, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1.—Au reste, dans d'autres passages ces termes ont une signification plus ou moins étendue, et s'emploient aussi pour désigner l'examen d'une affaire ou la conduite d'une procédure en général.

[32] Tit. D., *de extraordinariis cognitionibus*, 50, 13. Le mot *persecutiones* est également usité. *Voy.* ci-après § 137. — Les termes *ordinaria* et *extraordinaria judicia* se rencontrent, au reste, encore dans d'autres acceptions. Ainsi Théophile, ad Pr. I., *de success. subl.*, 3, 12, appelle *ordinaria judicia* ceux qu'on poursuit pendant le temps des *conventus*, et *extraordi-*

procéder plus fréquemment, surtout quand ils jugeaient en appel. Leur exemple fut suivi par les fonctionnaires, et Dioclétien abolit enfin entièrement l'ancien *ordo judiciorum privatorum* [33]. A partir de cette époque, la même autorité juge et les points de droit et les points de fait; et dans le droit de Justinien nous ne trouvons plus que cette procédure [34]. Cependant, l'ancienne organisation a laissé des traces trop profondes de son influence pour qu'il soit permis de la passer sous silence.

§ 130. A. Judicia ordinaria. — 1. *Ancienne procédure par* legis actiones.

Anciennement, les procès ne pouvaient être introduits qu'au moyen de certaines formalités sacramentelles, qu'on appelait *legis actiones*. D'après Gaïus, ce nom provient ou de ce qu'elles découlaient de la loi, ou bien de ce que les termes en étaient littéralement calqués sur le texte de la loi, de sorte que le moindre changement dans la rédaction aurait eu pour effet de rendre la demande non recevable [35].

Les anciens ne nous donnent aucun renseignement direct sur le but originaire de ces actes introductifs d'instance. Les formalités usitées dans celui qui en est sans contredit le plus ancien nous semblent indiquer qu'ils doivent leur origine au sentiment d'indépendance individuelle qui s'oppose à ce que l'autorité sociale intervienne dans les affaires privées sans l'aveu du citoyen que la chose concerne. Quand le Quirite commet un méfait qui lèse la communauté entière, il est tout naturel que le peuple ou ses représentants agissent à l'effet de punir le coupable. Mais de quel droit jugerait et condamnerait-on un citoyen dont un simple particulier prétend avoir à se plaindre? Pour que cela puisse se faire, il faut que le citoyen ait

naria ceux que l'on pouvait suivre en tout temps. Au Fr. 5, § 1, 2, D., *de recept. arbitr.* 5, 56, le jugement arbitral est appelé *extraordinaire* en opposition au jugement prononcé par le juge *ordinaire*.

[33] *Voy.* ci-dessus, §§ 56, 78 et ci-après § 135.

[34] § 8, I., *de interdictis*, 4, 15. « De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere; nam quoties *extra ordinem* jus dicitur, *qualia sunt hodie omnia judicia*... » — Pr. I., *de success. subl.*, 3, 12. « Tunc... quando *judicia ordinaria* in usu fuerunt : sed eum *extraordinariis judiciis* posteritas usa est... »

[35] Gaius, IV, 11. « Actiones, quas in usu veteres habuerunt, *legis actiones* appellabantur, vel ideo, quod legibus proditæ erant, quia tunc edicta prætoris quibus complures actiones introductæ sunt nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observantur : unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum rem perdidisse est, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum ex qua vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. » (Cf. Fr. 1, 11, D., *arborum furtim cæsarum*, 47, 7.) — *Voy.* aussi Cic., *in Verrem*, I, 45, 115 et Pomponius, Fr. 2, § 7, D., *de origine juris*, 1, 2.

consenti à se soumettre au jugement [36]. La *legis actio per sacramentum* nous montre comment cette soumission a pu être obtenue. Deux guerriers se disputent un prisonnier de guerre. Le roi, attiré par l'altercation, leur ordonne, dans l'intérêt de la discipline militaire, de lâcher l'objet de la contestation, et s'informe des causes de la lutte. Chacun prétend que l'esclave lui appartient. Si l'on veut empêcher que le désordre se renouvelle, la question doit être vidée. L'un des rivaux en appelle à l'honneur de l'adversaire et le provoque à un pari : Je te provoque et gage 500 as que l'esclave m'appartient. L'autre, à moins de se déshonorer aux yeux des commilitons, ne saurait refuser la provocation; il accepte la gageure. L'enjeu est remis entre les mains du roi qui se trouve naturellement juge du pari [37]. Mais en jugeant le pari, il décide implicitement la question de propriété. La partie victorieuse n'a pu gagner que pour autant que l'objet contesté lui appartint en réalité. Voilà le moyen trouvé de faire dériver du pouvoir militaire du chef la *juris dictio* sur les contestations entre particuliers. Le besoin fit de ce mode un usage constant que la loi elle-même finit par sanctionner. Quand par la pratique journalière on se fut ainsi habitué à considérer cette *juris dictio* comme une attribution naturelle de la magistrature suprême, on dépouilla ce procédé usité de ce qui était devenu superflu : la lutte dégénéra en symbole; le pari, originairement essentiel, devint une pure formalité qui se simplifia de plus en plus, et finit par disparaître entièrement. C'est là, au fond, tout le développement historique de l'ancienne procédure telle qu'elle se trouve dans les trois *legis actiones* dont nous avons à parler en premier lieu.

Gaïus nous apprend qu'il y avait cinq *legis actiones* dont trois servaient au but que nous avons signalé ci-dessus, c'est-à-dire à introduire une affaire en justice de manière à en saisir le magistrat. Les deux autres sont plutôt des moyens d'exécution.

1° *Legis actio per sacramentum, sacramenti actio*. C'est évidemment la plus ancienne des *legis actiones*. Elle continua de rester en vigueur comme forme générale, même après que d'autres *actiones* eurent été créées pour des cas particuliers [38]. Les parties, après avoir exposé au préteur leurs prétentions respectives, *intentio* [39], contractaient sur la vérité de leurs asser-

[36] Pourquoi ne rapporterait-on pas à la *jurisdictio* du magistrat la réminiscence des anciennes mesures qui se trouve chez Cicéron, *pro Cluentio*, 43? « Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujus quam, sed ne pecuniaris quidem de re minima esse judicem, *nisi qui inter adversarios convenisset?*

[37] Mittite ambo hominem. — Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo. — Quando negas, tu sacramento quinquagenario provocas. — Similiter ego te. — *Voy.* ci-après, notes 39 à 44 et § 203.

[38] Gaius, IV, 13. « Sacramenti actio generalis est : [de] quibus enim [rebus], ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur... »

[39] Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo (ci-après, § 203). — Aio te mihi x millia aeris dare oportere. Gaius, IV, 16. - Valérius Probus, p. 1475, éd. Gothofr.

tions un pari, dont elles déposaient l'enjeu, *sacramentum*, entre les mains des pontifes [40]. Le montant de l'enjeu variait d'après l'objet de la contestation [41]. Le dépôt effectué, les parties prenaient l'engagement de se présenter après trente jours devant les centumvirs ou les décemvirs (plus tard une loi *Pinaria* permit de demander un *judex* [42]) à l'effet de faire décider laquelle d'entre elles avait fait un *sacramentum justum* [43] : celle dont la *sacramentum* était déclaré *injustum* perdait son enjeu en faveur de l'*ærarium* [44]. Le véritable objet de la contestation ne figurait que comme accessoire dans la formule, mais la question se trouvait naturellement décidée par le jugement du pari, puisque la gageure ne pouvait être gagnée que par la partie qui avait raison au fond. — Le dépôt de l'enjeu fut plus tard remplacé par des cautions qui s'obligeaient pour les parties d'en payer le montant, s'il y avait lieu, *prædes, sponsores* [45].

2. *Legis actio per judicis postulationem* [46]. La procédure que nous

[40] Varron, *de l. l.*, IV, 36 (p. 29, éd. Gothofr.), dit que l'argent était disposé *ad pontem*. Il est probable que ces mots doivent être remplacés par « *ad pontificem* » ou « *apud pontifices*. » *Voy.* la note 27.

[41] Gaius, IV, 14. « Pœna autem sacramenti aut quingenaria erat, aut quinquagenaria. Nam de rebus M æris plurisve D assibus, de minoris vero L assibus sacramento contendebatur : nam ita lege XII tabularum cautum erat. At si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est favoris causa, ne satisdatione onerarentur adsertores... » *Voy.* encore Gaius, IV, 95.

[42] Le but de cette loi, dont la date est inconnue, était probablement de donner aux préteurs la faculté de remplacer les anciens tribunaux centumviral et décemviral par un simple citoyen, comme cela se faisait dans la *legis actio per judicis postulationem*. Ainsi s'explique aisément le passage de Gaius, IV, 15. « ... Ad judicem accipiendum venirent; postea vero reversis dabatur XXX judex : idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem... dabatur judex, » où la dernière lacune doit sans doute être remplie par *nondum* ou par un autre mot équivalent. Il y a, au reste, sur cette question une grande divergence d'opinions. — *Voy.* Zimmern, *Traité des actions*, trad. par M. Etienne, § 36, notes 5 et suiv., § 38, note 11, et Bonjean, *Traité des actions*, § 151.

[43] De là les termes *justo sacramento contendere, sacramentum justum judicare, injustis sacramentis petere*, Cic., *de Oratore*, I, 10; *pro Cæc.*, 33; *pro Milone*, 27. — *Declam. pro domo*, 29.

[44] Gaius, IV. 13. « ... Nam qui victus erat, summam sacramenti præstabat pœnæ nomine, eaque in publicum cedebat... » — Le même, IV, 16. — D'après Festus l'argent aurait été consacré au culte; et c'est même sur cet usage que Varron fonde l'étymologie du mot *sacramentum*. Varron, *de l. l.*, IV, 36 (p. 29, éd. Gothofr.). « Ea pecunia, quæ in judicium venit in litibus *sacramentum* a sacro. Qui petebat, et qui inficiabatur, de aliis rebus uterque D æris ad pontem deponebat, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium. Qui judicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat; victi ad ærarium redibat. » - Festus, v. *Sacramentum*. « ... Sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est, quod propter ærarii inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur in rebus divinis. » *Voy.* cependant Isidore, *Orig.*, V, 24, in f. « Sacramentum ut pignus sponsionis : vocatum autem sacramentum, quia violare, quod quisque promittit, perfidiæ est. »

[45] Gaius, IV, 13, 16.

[46] Le passage de Gaius qui traite de cette matière est illisible. Notre exposé contient une hypothèse qui est rendue fort probable par l'ensemble des notions que nous avons sur les

venons de décrire ne pouvait avoir lieu que dans les cas où la décision du tribunal ou du juge devait être rigoureusement oui ou non. Il se présente cependant aussi des contestations dans lesquelles chacune des parties peut avoir plus ou moins tort et raison, et qui, par conséquent, exigent une certaine latitude d'appréciation. La *legis actio per judicis postulationem* eut pour but de répondre à ce besoin. Nous n'avons pas de détails sur cette procédure. Ce qui est certain, c'est qu'on n'y faisait naturellement pas de *sacramentum* et que la contestation était renvoyée, non pas devant les centumvirs ou décemvirs, mais devant un simple citoyen, *judex* ou *arbiter*, donné par le préteur sur la demande des parties [47]. Après la loi *Pinaria*, qui introduisit la nomination d'un juge dans la *sacramenti actio*, les deux procédures ne différaient donc guère plus que par le *sacramentum*, formalité dont la *legis actio per judicis postulationem* était affranchie.

3° *Legis actio per condictionem*. La réforme dont nous venons de parler, tout en réalisant un progrès, avait fait naître une inconséquence au point de vue pratique. Il est, en effet, des contestations qui, tout en se prêtant au jugement rigoureux par oui et non, sont d'une simplicité telle, qu'elles semblent pouvoir être jugées sur-le-champ. Or, comme ces procès devaient s'introduire par le *sacramentum*, ils se trouvaient soumis à des formalités et délais plus longs que ceux introduits par la *judicis postulatio*, qui cependant, par leur nature, étaient plutôt propres à produire des débats plus compliqués. Ce fut probablement [48] pour obvier à cet inconvénient qu'une loi *Silia* créait une procédure fort simple, *per condictionem*, pour le cas où le demandeur réclamait une somme d'argent déterminée, *pecunia certa*, ce qu'une loi *Calpurnia* étendit plus tard à tous les cas où il s'agissait de réclamer une chose déterminée quelconque, *res certa* [49]. Cette action n'exigeait ni les formalités du *sacramentum*, ni les délais de la *judicis postulatio*. Le demandeur se bornait, au tribunal du préteur, à sommer son débiteur de se retrouver, trente jours après, devant le même magistrat, afin de recevoir un juge. C'est de cette sommation, *condictio*, que la procédure a reçu son nom [50].

legis actiones et surtout par la division des actions en *arbitria* et *judicia*, dont nous aurons à parler ci-après, § 138.

[47] La formule de la demande nous a été conservée par Valerius Probus (p. 1475, éd. Gothofr.) T. I. A. V. P. V. D, c'est-à-dire : T. judicem arbitrumve postulo uti des.

[48] Gaius, IV, 20. « Quare autem hæc actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quæritur. »

[49] Gaius, IV, 19.

[50] Festus, v. « *Condicere* est dicendo *denunciare*... »... Le même, vv. *Condictio. Condictum*. - Aulu-Gelle, X, 24. - Gaius, IV, 18. Cf. § 15. I., *de actionibus*, 4, 6 et Théophile, *ad h. l.* — En disant que *condicere* est synonyme de *denuntiare*, ces auteurs n'ont en vue que la portée pratique de l'opération : l'étymologie du mot, de *cum* et *dicere*, indique évidemment le concours des deux volontés. *Condicere*, comme *constituere* (ci-après, t. II, § 333) veut dire *convenir d'un jour*, *s'ajourner*. C'est ainsi que Tacite, *Germania*, 11, après avoir dit que

4° La *legis actio per manus injectionem* pouvait être appliquée, d'après la loi des Douze Tables, aux personnes contre lesquelles on avait obtenu un jugement et à celles qui étaient assimilées aux *judicati* [51]. Si le jugement n'était pas exécuté dans les trente jours, le créancier, après avoir fait venir le débiteur devant le magistrat, l'appréhendait au corps (*partem corporis ejus prendebat, manum injiciebat*), et demandait qu'il lui fût adjugé [52]. Le débiteur dès lors, suspect par son refus de satisfaire à ses obligations, n'avait plus le droit de se défendre lui-même; il n'était admis à contester la demande de son adversaire que pour autant qu'il trouvât une caution suffisante, *vindex*, qui répondît de lui [53]. A défaut de *vindex*, il était adjugé, *addictus*, au demandeur, qui pouvait l'emmener à son domicile et l'y tenir en captivité [54]. — Par la suite, la *manus injectio* fut admise dans plusieurs autres cas; toutefois avec cette différence que le défendeur avait en général le droit de répondre à la poursuite en personne et sans intervention d'un *vindex*. Elle s'appelait alors *manus injectio pura* [55].

5° La *pignoris capio* était une espèce de saisie qui différait des autres *legis actiones* en ce qu'elle pouvait se faire en dehors du tribunal du préteur, *extra jus*, et même en l'absence de l'adversaire [56]. Ce mode de se faire payer s'était introduit par l'usage, à l'effet de contraindre les personnes chargées de l'impôt militaire et de la fourniture ou de la nourriture des che-

les Germains comptent par nuits, et non pas par jours, ajoute : « Sic constituunt, sic condicunt. »

[51] Parmi ces personnes figurent d'abord le débiteur en aveu (in jure confessus pro judicato habetur. Ci-après § 134, note 4) ; ensuite le *fur manifestus* (T. II, § 350), l'esclave revendiqué par celui qui prétend être son maitre, enfin le *nexus*. (T. II, § 380.)

[52] GAIUS, 10, 21. « QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES H. S. X MILLIA, QUÆ DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI H-S. X MILLIUM JUDICATI MANUS INJICIO... »

[53] C'est pourquoi la loi des Douze Tables exigeait : ASSIDUO VINDEX ASSIDUUS ESTO : PROLETARIO QUISQUIS VOLET, VINDEX ESTO. AULU-GELLE, XVI, 10. *Voy.* ci-après, § 134, note 94.

[54] GAIUS, IV, 21. Cf. FESTUS, v. *Vindex*. - AULU-GELLE, XVI, 10. — La loi des Douze Tables réglait de la manière suivante le traitement auquel l'*addictus* ou le *confessus* était soumis : « Æris confessi, rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto, in jus ducito. Ni judicatum facit aut quips endo em jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus, quindecim pondo, ne majore, aut, si volet, minore, vincito. Si volet, suo vivito; ui suo vivit, qui em vinctum habebit libras farris endo dies dato; si volet, plus dato. » AULU-GELLE, XX, 1.

[55] Cette réforme fut introduite par une loi, dont le nom est illisible dans le manuscrit de GAIUS, IV, 23, et qui ne maintenait l'intervention du *vindex* que dans deux actions, savoir : l'*actio judicati* et l'*actio depensi* dirigée contre celui qui n'avait pas remboursé dans les six mois ce que sa caution, *sponsor*, avait payé pour lui. — (Ci-après, t. II, § 340.)

[56] GAIUS, IV, 27. 29. « ... Certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse. Quibusdam autem [non] placebat : primum quod pignoris capio *extra jus* peragebatur, id est, non apud prætorem, plerumque absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possit quam apud prætorem præsente adversario. Præterea nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat. »

vaux de la cavalerie [57]. La loi des Douze Tables appliqua la même procédure à divers autres cas, et une loi dont le nom est inconnu accorda la *pignoris capio* aux publicains contre les débiteurs des *vectigalia* [58]. — Le débiteur sur lequel un objet était saisi de la sorte ne pouvait le recouvrer qu'en payant la dette pour laquelle la saisie avait été faite [59].

2. *Des formules.*

§ 131.

En examinant les éléments constitutifs des trois *legis actiones* qui servaient à introduire une action en justice, nous découvrons aisément la marche progressive qu'on avait suivie à l'effet de simplifier les formalités. Le *sacramentum* avait été sacrifié dans la *judicis postulatio;* les autres formalités et délais inutiles furent écartés par la loi Silia, *et*, dès le quatrième siècle de Rome, la *condictio* offre le mode le plus simple qu'il soit possible d'imaginer pour introduire une affaire en justice [60]. La création de ce mode était sans doute due à l'influence que la procédure usitée devant le *prætor peregrinus* ne pouvait manquer d'exercer sur le *jus civile*. Devant ce magistrat, en effet, on ne procédait point par *legis actiones*, et dès lors une forme moins compliquée avait dû nécessairement s'y introduire. L'expérience ayant prouvé que les affaires pouvaient également se traiter d'après ce mode, la législation l'appliqua à la procédure entre citoyens. La loi *Æbutia* des derniers temps de la république, mais antérieure à Cicéron, abolit les *legis actiones* sauf pour la contestations qui étaient du ressort des centumvirs. Deux lois *Juliæ* ajoutèrent aux réformes de la loi *Æbutia* et donnérent une organisation complète au nouveau systéme. Du temps de Gaïus, l'ancienne procédure n'était plus usitée que dans quelques cas exceptionnels [61].

Le nouveau systéme est appelé système formulaire, des *formulæ* qui

[57] AULU-GELLE, VII, 10. - GAIUS, IV, 27. — *Voy.* ci-dessus, § 34, n. 98.

[58] GAIUS, IV, 28. « Lege XII tabularum adversus eum qui hostiam emisset nec pretium redderet : item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est, in sacrificium impenderet. Item lege [Cens] oria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent. » — Cf. CIC., *in Verrem*, II, 3, 11.

[59] Cela résulte de GAIUS, IV, 32. « Quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, *luere* deberet... »

[60] *Voy.* ci-après, note 62 vers la fin.

[61] AULU-GELLE, XVI, 10. - GAIUS, IV, 30, 31. « Tantum ex duabus causis permissum est interdum legis actionem facere : lege agere damni infecti, et si centumvirale judicium fuerit provocatum. Ideo, cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud prætorem urbanum vel peregrinum... »

en sont la partie fondamentale. Toutefois, il ne faut point en tirer la conclusion que les *formulæ* n'auraient pas été employées dans les *legis actiones*. Elles sont nécessaires dans toute procédure qui distingue entre le *jus* et le *judicium*, car elles ne sont autre chose que des instructions données par le magistrat, afin de guider le *judex* dans l'examen de l'affaire. Mais, dans l'ancienne procédure, les *legis actiones* étaient la partie la plus essentielle, sans laquelle aucun procès ne pouvait être introduit, tandis que, dans l'instruction de la nouvelle procédure, tout se réduisait à la conception de la *formule*.

Il est tout naturel que, dans le principe, les formules aient été calquées sur les anciennes actions, *ad legis actionem exprimebantur;* et, avant que celles-ci fussent complétement tombées en désuétude, on s'exprimait même dans la formule comme si la *legis actio* avait eu lieu, ou, comme dit Gaïus, les formules étaient rédigées *ad fictionem legis actionis*[62]. Par la suite, un mode plus libre fut introduit; l'édit et la pratique créèrent un grand nombre de formules nouvelles; et du temps des jurisconsultes classiques il y avait des rédactions si générales, qu'on pouvait les appliquer à presque tous les cas imaginables.

La demande devait nécessairement contenir l'exposé des faits qui avaient donné lieu au procès, ainsi que la question à décider et les conclusions du demandeur[63]. C'est dans cette forme que le demandeur la présentait au préteur, lequel alors, après avoir examiné si les conclusions méritaient la protection de la justice, donnait ou refusait l'action. Dans le premier cas, il rédigeait la *formule* en ordonnant au juge de condamner le défendeur ou de l'acquitter, selon le résultat de l'examen des faits, qui devait se faire *in judicio*. La formule contenait donc les trois parties suivantes[64] :

1. La *demonstratio*, exposé sommaire des faits qui avaient donné lieu au procès, *ut demonstretur res de qua agitur*[65].

[62] GAIUS, IV, 10. « Quædam præterea sunt actiones, quæ ad *legis actionem* exprimuntur ; quædam sua vi ac potestate constant... » Un exemple de *formula fictitia* se trouve dans GAIUS, IV, 32. « ... In ea forma, quæ publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. » Nous aurons l'occasion d'en montrer un autre, en traitant de la revendication *per sponsionem*, ci-après, § 203. — *Voy.* encore LE MÊME, IV, 33. « Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur : sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus, nullam adhibemus condictionis fictionem... » Le motif de cette exception est facile à deviner : la *legis actio per condictionem*, en effet, ne contenait que des éléments essentiels qui devaient se retrouver très-*réellement* dans toute procédure.

[63] Les mêmes parties se rencontrent dans la procédure d'aujourd'hui. En effet ce que nous appelons les *qualités* d'un jugement comprend la *demonstratio* et l'*intentio* des Romains ; le *dispositif* n'est autre chose que la *condemnatio* du système formulaire.

[64] *Voy.* ci-après note 70 et en général GAIUS, IV, 39-43.

[65] Exemples : QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA

2. L'*intentio*, les conclusions du demandeur, par lesquelles il expose l'objet précis de sa réclamation, ce qui constitue rigoureusement la contestation sur laquelle le juge doit prononcer, *qua actor desiderium suum concludit* [66].

3. La *condemnatio*, ordre donné au juge de condamner ou d'acquitter, selon le résultat de l'examen de l'affaire [67].

Outre ces parties, qui doivent se trouver régulièrement dans toute formule, les jurisconsultes mentionnent encore :

4. L'*adjudicatio*, qui ne se rencontre que dans les procès tendant à obtenir le partage d'une chose commune. L'*adjudicatio* autorisait le juge à attribuer à chaque partie ce qu'il jugeait convenable pour opérer le partage. QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO. Si, dans ces cas, il y avait lieu de condamner l'une ou l'autre des parties à des prestations particulières, l'*adjudicatio* précédait naturellement la *condemnatio* [68].

Comme nous l'avons fait observer, les trois parties nommées en premier lieu doivent se trouver naturellement dans toute formule. — Toutefois, il est des formules romaines dans lesquelles on ne distingue séparément que deux parties. Cela avait lieu quand la demande était basée non pas sur une règle positive du droit que le demandeur pût invoquer dans ses conclusions, mais plutôt sur l'équité qui résulte des circonstances particulières de l'espèce, *in factum concepta formula*. Dans ce cas, en effet, il serait impossible de rédiger l'*intentio* sans y faire entrer la *demonstratio*, ou, si l'on aime mieux, la *demonstratio* comprend virtuellement l'*intentio*, et il est dès lors inutile de rédiger cette dernière séparément [69]. Par contre, dans d'autres actions il n'avait pas paru nécessaire de faire une *demonstratio*, par la raison que l'examen de l'*intentio* impliquait nécessairement l'examen des faits que la *demonstratio* aurait dû contenir. Cela avait lieu dans les *actiones in rem* et dans les *condictiones certi* [70].—Enfin, il est des actions qui ne contiennent pas de *condemnatio* ou, pour nous exprimer d'une manière plus exacte, dans lesquelles la *condemnatio* est remplacée par une simple déclaration ou constatation du droit dont le demandeur poursuit la

DE RE AGITUR. — QUOD A. A. DE N° N° INCERTUM STIPULATUS EST. — GAIUS, IV, 47. 136. 137 et *passim*.

[66] Exemples : HANC REM A^i A^i ESSE EX JURE QUIRITIUM. — N^m N^m A^o A^o X MILLIA DARE OPORTERE. — GAIUS, IV, 41 et *passim*.

[67] Exemples : SI PARET.... JUDEX N^m N^m A^o A^o X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVITO. GAIUS, IV, 43 sqq. *Voy.* aussi ci-après, § 132, note 77.

[68] GAIUS, IV, 42. *Voy.* encore ci-après, § 195, et t. II, § 360.

[69] GAIUS, IV, 44 sqq. *Voy.* ci-après, § 132, notes 80 sqq. et § 139.

[70] Nous ne pourrons donner les détails sur cette particularité que lorsque nous nous occuperons de ces actions (ci-après, § 137, note 8, et t. II, § 278). — Ici nous nous bornons à faire observer que, par suite de ces exceptions, le nombre des formules qui contiennent réellement et séparément les trois éléments essentiels (*demonstratio, intentio, condemnatio*) est de fait fort restreint. Ce n'est, en effet, que dans les *in personam actiones civiles incertæ* qu'ils doivent se trouver nécessairement.

reconnaissance. C'est, en effet, à cette constatation que peut se borner dans plus d'une occasion l'intérêt du demandeur; sauf à tirer éventuellement du droit constaté des conséquences ultérieures. Telle est, par exemple, l'action par laquelle je poursuis mon droit de paternité ou de filiation. La reconnaissance de ce droit n'implique de condamnation contre qui que ce soit; mais elle peut servir de base à une poursuite ultérieure. La formule servant à une action de ce genre ne contenait donc point de *condemnatio*, mais une simple constatation du droit poursuivi. On l'appelle *præjudicialis*, parce qu'elle constitue moins un jugement qu'elle ne sert à préjuger d'autres questions [71].

En dehors de ces parties relativement essentielles, la formule pouvait encore contenir des éléments accidentels ou accessoires. On les appelait *præscriptiones*, de *præ* et *scribere*, quand elles étaient écrites en tête de la formule [72]. Le demandeur pouvait avoir intérêt à faire de pareilles *præscriptiones*, soit pour faire des réserves et protestations contre les conséquences préjudiciables que l'on aurait pu tirer contre lui de l'action intentée [73], soit pour déterminer avec précision les faits sur lesquels il fondait sa demande, auquel cas la *præscriptio* était comme une espèce de *demonstratio* [74]. Le défendeur, de son côté, faisait précéder la formule d'une *præscriptio*, quand il avait à faire valoir un moyen de défense qui, s'il était reconnu fondé, devait avoir pour effet de faire débouter l'adversaire de sa demande, sans qu'il fût besoin de la discuter. On comprend, en effet, que l'examen d'un pareil moyen devait précéder l'examen du fond, et que dès lors le préteur l'indiquait dans la formule avant de donner ordre au juge de rechercher le fondement de l'*intentio*. Lorsque, au contraire, le moyen proposé par le défendeur se rapportait aux faits que le juge devait examiner dans la discussion de l'*intentio* même, il était naturel qu'il figurât après cette partie de la formule. Dès lors il recevait le nom d'*exceptio*, par la raison que le préteur, tout en autorisant le juge à prononcer la condamnation, lui imposait la restriction : *excepté* le cas où le moyen proposé par le défendeur se trouverait fondé [75]. — Il suffit ici d'avoir donné ces notions très-sommaires, sur lesquelles nous aurons à donner des explications plus détaillées ci-après, § 149.

[71] GAIUS, IV, 44, et THÉOPHILE, ad § 13. I., *de actionibus*, 4, 6. — Nous aurons à donner ci-après, § 140, des explications plus détaillées sur les *præjudiciales actiones*.

[72] GAIUS, IV, 130-137, et ci-après, § 149.

[73] *Voy.* ci-après, § 149.

[74] Dans ce cas l'action s'appelait *præscriptis verbis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat*. *Voy.* ci-après, § 159, et t. II, § 323.

[75] GAIUS, IV, 119. « ... Omnis exceptio... ita formulæ inseritur ut conditionalem faciat conditionem, id est, ne aliter judex... condemnet quam si nihil, etc. » *Voy.* ci-après, §§ 149 sqq.

§ 132.

Pour rendre plus claires les explications que nous venons de donner, nous transcrirons ici le texte d'une formule qui nous est donnée par Gaïus. Aulus Agerius demande à Numerius Negidius [76] la restitution d'une table d'argent qu'il lui a confiée en dépôt, et, à défaut de restitution, condamnation aux dommages et intérêts. La formule de cette action est rédigée comme suit [77] :

(OCTAVIUS) JUDEX ESTO.

QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT; QUA DE RE AGITUR;

QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET, EX FIDE BONA EJUS;

ID JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO.

On remarquera que dans cette formule la restitution du dépôt ne figure qu'en seconde ligne, *nisi restituat*. Elle n'y est indiquée que comme un moyen d'éviter la condamnation à *quidquid dare facere oportet*, tandis qu'en réalité le véritable but de la demande est d'obtenir la restitution de la table, et que les dommages et intérêts ne devraient être adjugés qu'à défaut de restitution. Cela tient à un principe de la procédure romaine, d'après lequel la *condemnatio* devait toujours être d'une somme d'argent [78]. Cette somme pouvait être fixée d'avance dans la formule, *condemnatio certæ pecuniæ*, ou bien le préteur laissait au juge le pouvoir d'en fixer le montant [79]. Au reste, il est facile à comprendre que, tout en observant cette règle, on pouvait parvenir à obtenir la restitution de la chose, préférable dans bien des cas aux dommages et intérêts; il suffisait, en effet, de fixer par le jugement une somme assez élevée pour que le défendeur s'empressât d'éviter la condamnation en restituant l'objet.

[76] Les noms *Aulus Agerius* et *Numerius Negidius* sont fréquemment employés dans les formules *juridiques* pour désigner un demandeur et un défendeur quelconques; de même dans les obligations pour désigner le créancier et le débiteur. § 2, I.. *quib. modis oblig. toll.* 3, 29. — On s'aperçoit que le mot *Agerius* désigne celui qui *agit*, et *Numerius Negidius* celui qui doit payer, *numerare*, et refuse de le faire, *negare*.

[77] GAIUS, IV, 47.

[78] GAIUS, IV, 48. « Omnium autem formularum, quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est : itaque, si corpus aliquod petamus, velut fundum..., judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed æstimata re pecuniam eum condemnat. »

[79] Au reste le pouvoir du juge dans l'évaluation de la *condemnatio incerta* pouvait être illimité ou restreint dans certaines limites. De là la division des *condemnationes incertæ pecuniæ* en *condemnatio infinita* et *condemnatio cum taxatione*. — *Voy.* GAIUS, IV, 49, 52. Cf. CIC., *pro Tullio*, 7. - FESTUS, v. *Taxat.* - GAIUS, III, 224. - *Coll. leg. Mos.*, II, 6.

Nous trouvons chez les anciens deux grandes divisions des formules, dont il est difficile de déterminer avec précision la base et l'importance pratique :

1. *Formulæ in jus* et *in factum conceptæ*. Pour expliquer cette division, Gaïus se borne à dire que les premières sont celles *in quibus de jure agitur*, et que toutes les autres sont *in factum conceptæ*. Dans les premières, le demandeur fondait sa demande sur ce que tel droit lui compétait en vertu du *jus civile*, et le juge avait à examiner si les conditions exigées à cet effet se trouvaient réunies dans l'espèce. Or, comme dans l'ancien droit tous les rapports légaux se réduisaient à deux ordres d'idées, propriété et obligations (les droits personnels tombant dans la première catégorie), l'*intentio juris civilis* ne pouvait présenter que l'une des deux rédactions suivantes : *nostrum esse aliquid ex jure Quiritium* ou *nobis dari oportere* [80]. — Dans les *formulæ in factum conceptæ*, pareille mention ne se trouvait point; la condamnation était fondée sur l'équité et résultait des faits de la cause. Aussi, le préteur n'ordonnait pas au juge d'examiner *si paret hanc rem A. Agerii esse, si paret dari oportere;* il lui ordonnait simplement de condamner, si les faits allégués par le demandeur étaient vrais. Il en résultait naturellement que dans ces formules l'*intentio* ne faisait qu'un avec la *demonstratio*, puisque l'exposé des faits contenait en même temps le fondement du droit réclamé par le demandeur [81]. — D'après cela, il est évident que les *formulæ in jus conceptæ* ne pouvaient s'appliquer qu'aux actions résultant du *jus civile*, et que toutes les actions prétoriennes avaient nécessairement une formule *in factum concepta*. Cependant, il y avait également des actions civiles avec une formule *in factum concepta* [82], et Gaïus nous apprend que dans quelques actions civiles on employait tantôt la rédaction *in jus*, tantôt celle *in factum* [83].

[80] Gaius, IV, 45. « Eas quidem formulas, in quibus de jure quæritur, *in jus conceptas* vocamus : quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dari oportere..., in quibus *juris civilis intentio* est. 46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed initio formulæ, nominato eo quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur... » *Voy.* ci-dessus, § 120, notes 11 et suivantes.

[81] *Voy.* ci-dessus, note 69. Des exemples des deux formules se trouvent entre autres dans Gaius, IV, 45-47.

[82] *Voy.* ci-après, § 138.

[83] Gaius, IV, 47. Pourquoi créer deux formules d'une nature différente, pour le même cas? La réponse se trouve dans le développement historique des *in factum actiones*. Ces actions doivent évidemment leur origine au désir du préteur de protéger des rapports juridiques nouveaux, qui n'étaient pas sanctionnés par le *jus civile*. Comme, dans les actions qu'il créait à cet effet, il ne pouvait s'appuyer du *jus*, force lui était bien de les fonder sur les faits, *in factum concipere*. Or, il pouvait se faire qu'un rapport juridique, sanctionné en thèse générale par le *jus*, se trouvât, dans un cas donné, en dehors du domaine de ce même *jus civile* par des causes toutes spéciales, par exemple, l'incapacité personnelle de celui qui invoquait la protection du préteur. Ainsi les obligations résultant du dépôt et du commodat,

2. *Formulæ vulgares* et *non vulgares*. Cette division ne semble pas avoir eu une grande importance pratique. On appelait *vulgaires* les formules qui se rapportaient à une relation de droit usuelle, connue depuis longtemps, et que par ce motif la loi ou la pratique désignait par un nom technique, par exemple, la propriété, la vente, le dépôt [84]. Par la suite, lorsque le besoin de créer des actions pour des cas nouveaux se fit sentir, la formule qui servait à ces actions fut appelée *non vulgaris*, parce qu'elle ne contenait pas ces termes techniques et généralement reçus. Il va sans dire que toutes les anciennes actions civiles qui étaient *in jus conceptæ* avaient une *formula vulgaris;* parmi les actions prétoriennes il y en avait aussi, mais la plupart d'entre elles, ainsi que les actions civiles créées par analogie ou par des motifs d'équité, avaient une formule *non vulgaire* [85].

§ 133.

Pour terminer cet aperçu historique de l'ancienne procédure romaine, il nous reste à mentionner la division des procès en *judicia legitima* et *judicia quæ imperio continentur* [86]. Les renseignements que nous avons sur cette division sont fort incomplets, et il nous est impossible d'en indiquer d'une manière certaine l'origine et l'importance. Gaïus, à qui nous devons le peu que nous en savons, appelle *legitima judicia* ceux qui ont lieu à Rome même ou dans le rayon d'un mille, devant un seul *judex*

sont sanctionnées par le *jus civile* et donnent par suite lieu à une *actio in jus concepta*. Mais les personnes sous puissance, n'ayant pas de personnalité patrimoniale, ne pouvaient intenter des actions d'après le *jus civile*. Cependant, si un fils de famille se trouvait avoir déposé ou prêté une chose qui lui avait été confiée, il est évident qu'il avait un intérêt bien réel d'obtenir la restitution de la chose. La formule ordinaire *in jus concepta,* ne pouvant servir à cet effet, le préteur n'avait d'autre moyen que de lui en donner une *in factum*. Voilà comment le même rapport juridique pouvait, selon les circonstances, exiger l'une ou l'autre de ces formules. Cette hypothèse devient une certitude par la comparaison de Gaius, IV, 47 (qui cite précisément les actions de dépôt et de commodat comme exemples d'actions à deux formules), avec Fr. 9, D., *de obligat. et action.*, 44, 7. « Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum, et quod vi aut clam, et depositi et commodati, ut Julianus putat. » Cf. Ulpian, Fr. 13, D., *eodem*. « In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere » — *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 411.

[84] Fr. 1, pr. D., *de præscriptis verbis*, 19, 5. « Nonnumquam evenit ut cessantibus judiciis proditis, et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad ea, quæ in factum appellantur. » — *Voy.* ci-après, § 139.

[85] Tit. D., *de in jus vocando*, 2, 4. - Plaute. *Persa*, IV, 5, 8. - *Auct. ad Herenn.*, II, 13. - Horace, *Sat.*, I, 9, 76. — Cf. Valère-Maxime, II, 1, 5, et Fr. 2, D., *de in jus vocando*, 2, 4. - Fr. 18, D., *eodem*. « . . . Nullum de domo suo in jus vocare licet. » - Fr. 19, 21, D., *eodem*. - Fr. 23, D., *de injuriis*, 47, 10. - Fr. 103, D., *de regulis juris*, 50, 17. — *Voy.* aussi ci-après, t. III, §§ 367. 400. 418.

[86] Voyez sur cette matière Gaius, IV, 103-109. - Ulpian, XI, 27. - *Vat. Fr.* 47. — Il est plus que douteux que les *legitima judicia* dont parle Cicéron, *pro Rosc. Com.* 5; *partit. orat.*, 12, soient ceux que Gaïus oppose aux *judicia quæ imperio continentur*.

et entre citoyens romains [87]. Tous les autres jugements paraissent dès lors avoir été comptés parmi les *imperio continentia* [88]. Parmi ceux-ci Gaïus distingue surtout les procès devant les *recuperatores* et en général ceux dans lesquels un étranger intervient soit comme juge soit comme partie. Les règles de la procédure étaient différentes sous plusieurs rapports pour ces deux espèces de jugements : particulièrement les *judicia quæ imperio continentur* devaient être terminés dans l'année de la magistrature de celui qui avait accordé l'action, tandis que les *judicia legitima* pouvaient durer dix-huit mois [89]. Il y avait encore d'autres différences que nous signalerons aux endroits convenables [90].

§ 134. 3. *Tableau d'un procès dans les judicia ordinaria.*

Le demandeur commençait par sommer son adversaire de le suivre devant le préteur, *in jus vocatio* [91]. Cette sommation était un acte extrajudiciaire [92], mais les formalités et les conséquences en étaient réglées par des dispositions légales que l'édit du préteur ne tarda pas à modifier et à compléter. Ainsi la loi des Douze Tables autorisait le demandeur à employer la violence contre le défendeur récalcitrant [93], à moins qu'il ne fournît un *vindex* solvable, qui alors assumait toute la responsabilité du

[87] Gaius, IV, 104. « Legitima sunt judicia, quæ in urbe Roma, vel intra primum urbis Romæ milliarium, inter omnes cives Romanos, sub uno judice accipiuntur... » Cf. Cic., *pro Flacco*, 21, où il est dit « judicium *lege* non erat » à propos du procès entre Flaccus et un *peregrinus*. — La définition de Gaïus, au reste, n'est donnée que pour son époque ; car il est impossible d'admettre que des anciens procès devant les centumvirs et les decemvirs n'aient pas été *judicia legitima*.

[88] C'est ainsi que Gaïus, contrairement à toutes les règles de la grammaire, appelle ces *judicia*, IV, 81. 106.

[89] Gaius, IV, 104-106. La disposition relative aux *judicia legitima* est attribuée à la loi *Julia judiciaria*. Il est probable qu'avant cette loi il n'y avait pas de délai pour les *legitima judicia*. — Justinien veut, dans la L. 13. C., *de judiciis*, 3, 1, que tous les procès soient en général terminés dans les trois ans, sans pourtant attacher à la violation de cette règle aucune conséquence préjudiciable. — *Voy.* ci-après, § 148 Obs.

[90] *Voy.* Gaius, III, 181. IV, 81. 106. 109. - *Vaticana fragm.* 47. coll. Fr. 44, § 1, D., *famil. ercisc.* 10, 2.

[91] Aulu-Gelle, XIII, 13. « A privato in jus vocari est potestas. »

[92] Si in jus vocat, ni it, antestator ; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito. Si morbus ævitasve vitium escit, qui in jus vocasit, jumentum dato ; si nolet, arceram ne sternito. (Porphyrion, *ad Hor. sat.*, I, 9. - Cic., *de leg.*, II. 4. - Festus, v. *Struere*. - Aulu-Gelle. XX, 1.) Antestari signifie prendre des témoins. Calvitur, i. q., frustratur ; pedem struere, s'enfuir ; endo jacito i. q. injicito. — La *manus injectio* dont il est question dans ce passage ne doit pas être confondue avec la *legis actio per manus injectionem : voy.* ci-dessus, § 130, n° 4.

[93] Assiduo vindex assiduus esto : proletario quoi quis volet, vindex esto. Aulu-Gelle, XVI, 10. Cf. Cic., *Top.*, 2. - Quintil., *Inst. orat.*, V, 10, 55. - Nonius-Marc., II, 342 in f.

procès [94]. Par la suite on admit une caution ordinaire au lieu du *vindex* [95]. — Cette ancienne *in jus vocatio* tomba, plus tard, en désuétude. Si le demandeur n'obtenait pas de bonne grâce que l'adversaire le suivît *in jus*, il pouvait s'adresser au préteur, lequel, usant de son *imperium*, forçait indirectement le défendeur à comparaître au moyen de cautions, de saisies et de peines pécuniaires. Dans la plupart des cas, les plaideurs s'engageaient mutuellement sous caution, *vadimonium*, à se présenter en justice [96]. Si, malgré le *vadimonium*, l'une ou l'autre des parties faisait défaut, l'ancienne procédure pouvait être employée [97].

Devant le préteur, *in jure*, les parties se présentaient à tour de rôle et exposaient la cause [98]. Anciennement, elles commençaient par remplir les formalités exigées dans les *legis actiones*. Dans la suite, le demandeur se bornait à exposer l'affaire et demandait la condamnation de la partie adverse d'après une formule qu'il présentait au préteur [99], *editio actionis*, et qui devait indiquer avec précision la nature des prétentions qu'il entendait faire valoir. La rédaction de la formule était d'une grande importance. D'abord, le préteur pouvait sur-le-champ renvoyer les parties, si la demande

[94] Tit. D., *in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent*, 2, 6.

[95] Gaius, II, 46. - Titt. D., *si quis in jus vocatus non ierit*, 2, 5; *in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent*, 2, 6. (Cf. Fr. 1, 1, § 3, D., *de inspiciendo ventre*, 25, 4.) - Tit. D., *si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit*, 2, 11. Remarquons ici que le mot *judicium* dans la caution dont parle l'inscription du titre cité, se rapporte à la procédure qui se fait devant le préteur, *in jure*.

[96] *Vadimonium*, synonyme de *cautio* de *vas, vadari*. Varron, *de l. l.*, VI, 74. - Festus, v. *Vadem*. - Aulu-Gelle, XVI, 10. — *Voy.* aussi ci-après, § 156.

[97] Le défaut de comparaître exposait le défendeur *indefensus* à être considéré comme *confessus* ou *judicatus*, et donnait lieu à des mesures coercitives qui pouvaient aller jusqu'à l'envoi du demandeur en possession des biens du contumax. Cic., *pro Quinctio*, 6, 15, 19. - Horace, *Sat.*, I, 9, 36 sq. « Respondere vadato debebat; quod ni fecisset, perdere litem. » *Ibid.*, 74, 78. - Lex de Gallia cisalpina, c. 21, 22. - Gaius, 19, 185. - Fr. 73, D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 53, § 3, D., *de re judicata*, 42, 1. - Fr. 2, p. Fr. 7, § 1, D., *quibus ex causis in poss. eatur*, 42. 4. - Fr. 52, D., *de reg. juris*, 50, 17, et ci-après, t. II, § 380. — *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 367.

[98] Il paraît que l'ordre dans lequel les causes se suivaient était déterminé par le sort. Servius, *ad Virg. Æn.*, VI, 431, v. *Sine sorte*, sine judicio. Traxit autem hoc ex more Romano. Non enim audiebantur causæ, nisi per sortem ordinatæ; tempore enim quo causæ audiebantur, conveniebant omnes... et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post diem trigesimum suas causas exsequerentur. Unde est : (*Quæsitor*) *urnam movet*. Juvenalis : *Gratia fallacis prætoris vicerit urnam*. — Le passage de Servius, *ad Æn.*, II, 102, semble plutôt se rapporter à la distribution des causes *in judicio*.

[99] Cicéron, *in Verrem*, II, 3, 65. « Adventu L. Metelli, prætoris, C. Gallius *postulavit* a Metello, ut ex edicto suo judicium daret in Apronium, quod per vim aut metum abstulisset. » — *Voy.* encore Gaius, IV, 35, 41, 86. - Fr. 1, pr. D., *de edendo*, 2, 13. « Qua quisque actione agere volet, eam edere debet : nam æquissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat... » Souvent aussi le demandeur faisait connaître la nature de la demande avant la comparution *in jure* au moyen d'une *denunciatio*. Fr. 7, D., *de inoff. testam.*, 5, 2. - Fr. 20, § 11, D., *de heredit. petit.*, 5, 3.

ne lui paraissait pas mériter la protection de la justice [100]. Ensuite, une formule mal conçue pouvait entraîner la perte du procès entier, *causa cadere* [1], ce qui avait particulièrement lieu quand dans l'*intentio* on avait demandé plus qu'on n'avait le droit d'exiger, *plus petitio* [2]. Si le défendeur avouait dès l'abord, l'affaire était terminée sur-le-champ; il ne fallait pas de jugement : *confessus pro judicato habetur* [3]. Si au contraire il voulait se défendre, il devait faire connaître au préteur les moyens dont il entendait faire usage. Il n'était pourtant pas tenu de le faire sur-le-champ; il pouvait demander une remise que le préteur accordait moyennant garantie [4]. Pareille remise était également accordée quand les parties ne terminaient pas leur exposé en une seule séance: elles se donnaient alors caution de reparaître devant le préteur, *vadimonium sistendi* [5]. L'inexécution de cette promesse, *vadimonium deserere*, entraînait la perte de la somme cautionnée et donnait même lieu à d'autres mesures coercitives, par exemple la *manus injectio*, ou l'envoi par le préteur en possession des biens de la partie défaillante. Les mêmes peines menaçaient le défendeur qui refusait de répondre [6]. — Dans sa réponse, le défendeur cherchait naturellement à écarter les charges que l'accusation du demandeur faisait peser sur lui. A cet effet, il priait le préteur d'insérer ses objections dans la formule. Cela se faisait régulièrement au moyen d'une clause placée vers la fin de la formule [7] et par laquelle il était ordonné au juge de ne pas condamner au cas que l'assertion du défendeur se trouverait fondée, *exceptio* [8]. Au reste, il est à remarquer que devant le préteur les parties pouvaient se déférer le serment sur les points contestés. Celle à laquelle le serment était déféré ne pouvait le refuser, sous peine de perdre le procès.

[100] Cicéron, *pro Flacco*, 21. « M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit... » - Fr. 26, 27, pr. D., *de verb. obl.*, 45, 1. « ... Sed et officio quoque prætoris continetur, ex hujusmodi obligationibus actionem denegari. » - Fr. 21, D. *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 30, D. *de solut.*, 46, 3 et *passim*.

[1] Cicéron, *Rhetor.*, II, 19. « ... Ita jus civile habemus constitutum, ut *causa cadat* is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. » - Le même, *pro Mureno*, 4. - Festus, v. *Liti cecidisse.*

[2] Gaius, IV, 53-60. - Paul, *S. R.*, I, 10. - §§ 33-35, I., *de act.*, 4, 6. - Tit. C., *de plus petitionibus*, 3, 10. - Pour les détails voyez ci-après § 161.

[3] Paul, II. 1, 5. V, 5 a, 2-5. - Tit. D., *de confessis*, 42, 2. - L. un. C. *eod.* 7, 59. - *Voy.* aussi ci-dessus, § 130, n° 4, et ci-après, § 154.

[4] Fr. 1. pr. D., *de edendo*, 2, 13.

[5] Gaius, IV, 184. « Qui autem in jus vocatus fuerit ab adversario, ni eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti. »

[6] *Voy.* les textes cités ci-dessus, note 97.

[7] Quand le moyen du défendeur, en le supposant fondé, était de nature à dispenser de l'examen du fond, le préteur l'inscrivait en tête de la formule et prenait le nom de *præscriptio*, de *præscribere*. *Voy.* ci-dessus, § 131, notes 72 sqq.

[8] De là vient qu'on dit que le défendeur *postulat exceptionem*, comme le demandeur *postulat actionem*, Cic., *Rhet.*, II, 19. — *Voy.* pour les détails ci-après, §§ 149 et suiv.

La prestation du serment avait dans tous les cas pour effet de mettre fin au procès sans qu'il fût besoin de *judicium* [9].

Après que les parties s'étaient ainsi expliquées, le préteur résumait leurs dires dans la formule qu'il remettait ensuite au demandeur. Cette formule, conçue de la manière décrite aux paragraphes précédents, contenait donc les moyens du demandeur et ceux du défendeur, l'*actio* et l'*exceptio*. Elle contenait également le nom du juge appelé à examiner les points contestés [10]. Ce juge était ordinairement nommé de commun accord par les parties, *sumebatur* [11]; le préteur pouvait aussi proposer des noms, parmi lesquels les parties avaient le droit de récuser un certain nombre, *rejicere* [12]. La nomination faite, les parties déclaraient qu'elles acceptaient le *judicium* [13], en prenant les assistants pour témoins de cette déclaration : *testes estote* [14]. Par cet acte qui, à cause de la formalité tombée plus tard en désuétude, s'appelait *litis contestatio*, la procédure devant le préteur, *in jure*, était close [15].

[9] Nous nous bornons ici à citer les dispositions de l'édit sur le serment déféré *in jure*. « Ait Prætor : Si is, cum quo agetur, conditione delata, juraverit... Ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo... Eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam. » Fr. 3, pr. 7. pr. Fr. 34, § 6, D., *de jurejurando*, 12, 2. — *Voy.* encore ci-après, § 134.

[10] Nous supposons ici le cas régulier d'un *judicium legitimum* du temps des jurisconsultes classiques, qui se faisait devant un seul juge, *judex* par excellence ou *arbiter*. On sait par ce que nous avons dit dans l'introduction historique, § 36, notes 47 sqq., que, même en dehors des cas où le procès était soumis aux centumvirs ou decemvirs, il pouvait y avoir plusieurs juges, soit *arbitri*, soit *recuperatores*.

[11] Cic., *pro Cluentio*, 43. « Neminem voluerunt majores nostri... esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. » - Le même, *in Verrem*, II, 3. 13; *pro Roscio com.*, 14; *de oratore*, II, 70. « Cum ei (Scipioni) M. Flaccus... P. Mucium judicem tulisset, *Ejero*, inquit, *iniquus est*. » - Fr. 80, D., *de judiciis*, 5, 1. — Adrien statua « ne is judex detur quem altera pars nominatim petat,... nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti judicis respiciente, permittetur. » Fr. 47, D., *de judiciis*, 5, 1.

[12] Cic., *in Verrem*, II, 2, 11. 13. 41. 60 et *passim*.

[13] Si le défendeur refusait, sans justes motifs, d'accepter le *judicium*, il était considéré comme *indefensus* et s'exposait aux conséquences que nous avons fait connaître ci-dessus, note 97.

[14] Festus, v. *Contestari* est, cum uterque reus dicit : Testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod *ordinato judicio* utraque pars dicere solet : Testes estote. — *Voy.* ci-après, § 141.

[15] On pourrait s'attendre à trouver ici un nouveau *vadimonium judicio sistendi*. Il est possible que dans les premiers temps les parties aient employé ce mode pour se garantir la comparution devant le juge; et, d'après une hypothèse de Godefroi, les termes *vades* et *subvades*, qui se trouvaient dans la loi des Douze Tables (Aulu-Gelle, XVI, 10), auraient désigné les cautions du défendeur et du demandeur. Mais dans la procédure formulaire nous ne trouvons point de caution de ce genre. Les parties se bornaient à s'ajourner mutuellement à jour fixe devant le juge. Asconius, *in Verrem*, II, 1, 9. « ... *Comperendinatio* est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denunciatio in perendinum diem... Litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denunciatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud judicem. » *Voy.* aussi Festus, v. *Res comperendinata*. — Le

Devant le juge, *in judicio*, nouvel exposé sommaire des faits, *causæ conjectio*, ou *collectio*, puis plaidoiries des parties ou de leurs mandataires, *peroratio* [16]. Si une première plaidoirie ne suffisait pas, on procédait à une seconde et ainsi de suite [17]. Comme le juge avait à constater les faits, la tâche principale des plaideurs était d'en fournir la preuve. A cet effet ils pouvaient s'appuyer sur la notoriété publique, ou produire des titres, ou se servir de la preuve testimoniale [18]. Les parties pouvaient aussi se déférer le serment; mais la délation de serment *in judicio* n'avait pas le même effet décisif que celle faite devant le préteur. En tout cas le juge pouvait le déférer d'office [19]. Quand la conscience du juge était suffisamment éclairée, il prononçait le jugement publiquement et en présence des parties [20]. S'il y avait plusieurs juges, le jugement était rendu à la majorité des voix [21]. — Si le demandeur faisait défaut *in judicio*, le défendeur n'en avait pas moins le droit d'exiger que le jugement fût prononcé [22]. Le défaut du défendeur donnait lieu à un avertissement public trois fois répété, à la suite duquel le juge pouvait prononcer malgré son absence [23].

demandeur n'avait d'ailleurs pas besoin d'exiger pareille caution, puisqu'il pouvait obtenir condamnation même contre le défendeur contumax. Ci-après, note 23.

[16] Gaius, IV, 15. « ... Deinde eum ad judicem venerant, antequam apud eum *causam perorarent*, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere : quæ dicebatur *causæ collectio*, quasi causæ suæ in breve coactio. » - Asconius, *in Verrem*, II, 1, 9. — C'était l'office des *oratores* et *patroni*.

[17] *Prima, secunda actio* (*ampliatio*). Asconius, *in Verrem*, II, 1, 9.

[18] Quintil., *de instit. orat.*, V, 1. « ... Præjudicia, rumores, tormenta, tabulæ, jusjurandum, testes. » La torture, au reste, n'était admise que contre les esclaves et dans certains cas déterminés. Paul, *S. R.*, V, 15, 6; 16. 2. — *Voy.* sur cette matière en général ci-après, § 154.

[19] Quintil., *de instit. orat.*, V, 6. « Jusjurandum litigatores aut offerunt suum, aut non recipiunt oblatum : aut ab adversario exigunt, aut recusant eum ab ipsis exigatur. » — (Dioclétien), L. 3, C., *de reb. cred. et jurej.*, 4, 1. « In bonæ fidei contractibus, nec non etiam in ceteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet. (286) — *Voy.* ci-après, § 154.

[20] La loi des Douze Tables disait : Ni pagunt in comitio aut in foro, ante meridiem causam conjicito, quam perorant ambo præsentes. Post meridiem præsenti litem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto. *Voy.* Aulu-Gelle, XVII. 2 et *Auctor ad Herenn.*, II, 13. (*Pagunt* i. q., *paciscuntur*, transiger; *addicito* i. q., *condemnato*). Paul, V, 5a, 6 sqq. - Fr. 47. 60. D., *de re judicata*, 42, 1. — Si les débats ne pouvaient être terminés dans la première séance, la cause était remise à une séance ultérieure (dans les derniers temps, ordinairement à la séance prochaine), pour être continuée, *diem diffindere*, *ampliatio*. Cic., *pro Tullio*, 6. - Sénèque, *Epist.*, 65. - (Tacite) *dialogus de oratoribus*, 19. - Aulu-Gelle, XIV, 2.

[21] Fr. 36, 39, D., *de judiciis*, 5, 1. - Cf. Fr. 18, D., *de receptis qui arbitr.*, 4, 8. - Fr. 24, D., *de manumissionibus*, 40, 1.

[22] Ordinairement le demandeur perdait alors son procès. Tit. C., *quomodo et quando judex*, 7, 43. - Fr. 73, pr. D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 27, § 1, D., *de liberali causa*, 40, 12. - - Fr. 6, § 3, D., *de confessis*, 42, 2. - Fr. 28, pr. D., *de appellat.*, 49, 1.

[23] Ces édits étaient publiés par le magistrat, lequel, au reste, pouvait se borner à une seule publication. La publication qui précédait le jugement s'appelait *peremtorium edictum*. La condamnation du défendeur prononcée par défaut est appelée *eremodicium*, du grec δίκη, *procès*, et ἔρημος, *seul, abandonné*. — *Voy.* en général Paul, *S. R.*, V, 5 A, 7. - Fr. 68-73, D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 31, § 2, D., *de neg. gestis*, 3, 5. - Fr. 7, § 12, D., *de minor.*, 4, 4. -

§ 133. B. *Extraordinaria judicia.* — *Procédure après Dioclétien.*

Ce qui distinguait les *judicia ordinaria*, c'était la séparation des fonctions du magistrat avec celles du *judex*, du *jus* et du *judicium*. Déjà du temps de la république le magistrat trouvait parfois utile ou nécessaire de réunir, dans un cas donné, les deux fonctions. On disait alors qu'il agissait *extra ordinem*, et on désignait les procès jugés de cette manière par le nom de *judicia extraordinaria, extraordinariæ cognitiones, persecutiones*. Les empereurs suivaient habituellement ce mode de procéder, non-seulement quand ils jugeaient en appel, mais aussi dans les affaires qu'ils évoquaient en première instance. L'exemple du prince dut exercer une influence d'autant plus grande, que la nouvelle procédure s'appliquait plus facilement aux actions nouvelles dont le nombre augmentait de plus en plus. Aussi trouvons-nous déjà du temps des jurisconsultes classiques un grand nombre d'*extraordinariæ cognitiones* [24].

Enfin nous voyons s'établir comme règle ce qui avait été l'exception dans le principe. Dioclétien ordonna aux gouverneurs des provinces d'instruire et de juger seuls les affaires, et de ne plus renvoyer devant un *judex* que celles que leurs occupations ne leur permettraient pas d'examiner eux-mêmes [25]. Cette ordonnance fut suivie de quelques autres constitutions qui finirent par abolir toute trace de l'ancien *ordo judiciorum* [26]. Une constitution de l'empereur Zénon nous apprend que de son temps les procès se jugeaient généralement devant le même fonctionnaire, lequel était soit le gouverneur même, soit un juge délégué par lui, et Justinien dit en termes exprès que tous les procès sont *judicia extraordinaria* [27]. Dès lors le système formulaire avec ses distinctions disparut également; toutefois on se servait encore habituellement des anciennes formules,

Fr. 52, § 18, D., *pro socio*, 17, 2. - Fr. 13, pr. D., *judicatum solvi*, 46, 7. - L. 13, § 3, C., *de judiciis*, 3, 1. - *Nov.* 69, c. 3. — Le défendeur pouvait demander la restitution en entier contre le jugement par défaut. L. 1. 2, C., *ex quibus causis majores*, 2, 54.

[24] *Voy.* ci-dessus § 56, note 86, et § 129, notes 32 sqq.

[25] L. 2, C., *de pedaneis judicibus*, 3, 3. (Dioclet. et Maxim., AA. et CC.) « Placet nobis, præsides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos judices dabant, notionis suæ examen adhibere : ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem, omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judicis dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi judicis licentia eis permissa credatur. Quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est, ut eorum judicia non deminuta videantur : dum tamen et de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, et de libertinitate, præsides ipsi dijudicent (294). »

[26] (L. un. Th. C., *de omissa actionis impetrat.* 2, 3). Tit. J. C., *de formulis*, 2, 58. - L. 8, Th. C., *de officio rectoris prov.*, 1, 16. - L. 3-5. J. C., *de pedaneis judicibus*, 3, 3.

[27] L. 12, C., *de judiciis*, 3, 1. § 8, I., *de interdictis*, 4, 15. - Pr. I., *de success. sublatis*, 3, 12. *Voy.* ci-dessus § 129, note 34.

naturellement sans y attacher l'importance qu'elles avaient eue auparavant[28].

Ce changement amena des modifications dans les actes de procédure. Nous avons vu ci-dessus, § 133, que l'ancienne *in jus vocatio* avait été remplacée par un *vadimonium* réciproque des parties. Déjà sous Marc-Aurèle on commença à éluder le *vadimonium*, en faisant signifier au défendeur l'action qu'on se proposait d'intenter, *denunciare*[29]. Cette dénonciation, qui se faisait par l'intermédiaire de l'autorité publique[30], fut à son tour remplacée par un simple écrit, *libellus conventionis*, qu'on faisait notifier par un huissier, *executor*[31]. Devant le magistrat ou juge (car il n'est plus besoin de distinguer ces deux termes) les points de droit étaient débattus conjointement avec les questions de fait. L'ancienne *litis contestatio*, par laquelle autrefois la procédure *in jure* devait être close, ne pouvait naturellement plus avoir lieu; mais on conservait ce nom à l'acte destiné à fixer les prétentions respectives des parties[32]. Le *jugement* était rédigé par écrit, transcrit sur les registres et notifié aux parties avec un extrait sommaire de la procédure qui avait eu lieu[33]. — Une innovation conforme à l'esprit du régime impérial fut l'introduction des frais de justice[34].

II. — Actes du demandeur. Actions *.

NOTION.

§ 136.

Après les développements que nous avons donnés dans les paragraphes qui précèdent, il suffit de rappeler ici brièvement les conditions essen-

[28] L. 1, C., *de formulis*, 2, 58. (CONSTANTIUS). « Juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur (342). » - L. 2, C., *eod.* (L. un. Th. C., 2, 3, THÉODOS. ET VALENT.). « Nulli prorsus non impetratæ actionis in majore vel minore judicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit (428). » — Nous voyons dans THÉOPHILE, *ad* §§ 1-6. 8. 13. 14. 15. 53. I., *de act.*, 4, 6, que les parties se servaient encore dans leurs conclusions de la rédaction des anciennes formules : *Si paret adversarium dare facere oportere, condemna eum, judex; si dominum me ejus rei esse paret; si paret me liberum esse*, etc.

[29] AUREL. VICTOR, *de Cæsar.*, 16. - *Coll. leg. Mosaic.*, II, 6. - Titt. Th. C., *de denunciatione vel editione rescripti*, 2, 4; *de temporum cursu et reparationibus denunciationum*, 2, 6.

[30] L. 2, Th. C., *de denunciatione*, 2, 4.

[31] *Consult. veteris jcti*, c. 6. — L. 3, C., *de annali except.*, 7, 40. - § 24, I, *de actionibus*, 4, 6, et SCHRADER, *ad h. l.*

[32] *Voy.* ci-après, § 141. - Cf. L. 14, § 1, C., *de judiciis*, 3, 1.

[33] L. 2, 3, J. C., *de sententiis ex periculo recitandis*, 7, 44. - L. 1, 2, 3, Th. C., *eodem*, 4, 17. - Jo. LYDUS, *de magistr.*, III, 11.

[34] Tit. Th. C., *de fructibus et litium expensis*, 4, 18. - Tit. J. C., *eodem*, 7, 51. - § 24, I., *de act.*, 4, 6, et THÉOPH., *ad h. l.* - § 1, in f. I., *de pœna temere litigantium*, 4, 16. - *Nov.* 96, pr. c. 1. - *Nov.* 112, c. 2.

* GAIUS, IV, 1-114. - Tit. I., *de actionibus*, 4, 6. - Tit. D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7. - Tit. C., *eodem*, 4, 10.

tielles dont la réunion est requise pour qu'une action puisse avoir lieu.

L'action, étant destinée à protéger nos droits, suppose nécessairement 1° l'existence d'un droit dans notre personne; 2° une lésion de ce droit de la part d'un autre [1]. Comme pareille lésion suppose nécessairement une personne qui lèse, il est évident que le droit d'intenter une action appartient à la catégorie des droits qui demandent comme objet une personne déterminée et que les Romains appellent *obligationes* (§ 91). Celui qui a lésé le droit est, comme le débiteur, dans une obligation; celui qui demande réparation prend le rôle de créancier. C'est probablement ce caractère de l'action qui a fait donner par Justinien une définition qui n'est pas à l'abri de tout reproche. D'après lui, *Actio nihil aliud est, quam jus persequendi judicio quod sibi debetur* [2]. Cette définition est évidemment trop étroite, si l'on prend les termes dans leur véritable acception juridique. Car elle ne comprendrait que les droits dont l'objet est une obligation, *deberi :* d'où il résulterait que les droits personnels et les droits réels seraient dénués d'action. Cependant on peut justifier la rédaction de Justinien, en prenant le mot *deberi* dans un sens plus étendu, comme désignant tout ce qui nous revient, tout ce qui nous compète, de manière qu'il serait synonyme du mot droit [3]. Dès lors la définition serait exacte : l'action n'est autre chose que la faculté de poursuivre nos droits en justice.

Remarquons encore que le mot *actio* signifie à la fois le droit de réclamer la protection de la justice et le moyen que nous employons à cet effet.

DIVISIONS DES ACTIONS.

§ 137. *In rem, in personam actiones.— Actiones mixtæ. Actiones in rem scriptæ.*

Puisque toute action suppose comme conditions essentielles l'existence et la lésion d'un droit, il est évident que la principale division des actions doit être basée sur la différence des droits qu'elles servent à garantir et à protéger. C'est en effet sur cette base que repose la grande

[1] *Voy.* ci-après, § 146, n° 1.

[2] Pr. 1., *de actionibus*, 4, 6. — La définition adoptée par Justinien est tirée d'un passage de CELSUS, Fr. 51, D., *de oblig. et act.*, 44, 7. « Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi. » Il est possible que Celsus, en s'exprimant ainsi, n'ait entendu parler que des *actiones in personam* qu'on appelle quelquefois *actiones* par excellence. *Voy.* Fr. 178, §§ 2, 3, D., *de verb signif.*, 50, 16, et ci après, § 137, note.

[3] On trouve même dans des ouvrages de droit cette acception vulgaire du mot *deberi*. Ainsi d'un droit réel. Fr. 9, D., *si serv. vindicitur*, 8, 5. « Si eo loco per quem mihi iter debetur... » et *passim*. *Voy.* aussi GRUTERI *Inscript.*, p. 201, 3. « PER HANC VIAM FUNDO C. MARCI C. L. PHILERONIS ITER ACTUS DEBETUR. »

division des Romains en *actiones in rem* et *actiones in personam* [4].

I. On appelle *actio in personam* celle qui a pour but de garantir un *droit d'obligation* et d'en poursuivre l'exécution; toute autre action est *in rem*. La notion de l'action *in rem* est donc négative, elle embrasse tout ce qui n'est pas *actio in personam* [5]. En appliquant ces idées à la division des droits, que nous avons établie au § 91, nous trouvons que la lésion d'un droit d'obligation fera naître une *actio in personam*, tandis que l'*actio in rem* sera provoquée par la lésion d'un autre droit quelconque, soit d'un droit réel, soit d'un droit personnel, soit d'un droit d'hérédité [6].

Cette division est si importante que nous sommes obligé de l'examiner avec plus d'attention, et surtout de nous rendre compte de l'idée qui lui a servi de base et des conséquences qu'elle entraine.

En considérant les éléments constitutifs des divers droits au point de vue de la lésion qu'ils peuvent subir, nous remarquons que les obligations diffèrent essentiellement des autres classes de droits. En effet, les droits d'obligation supposent nécessairement une personne déterminée dont le fait est l'objet de notre droit. Notre droit est lésé dès que la personne obligée refuse de faire ce qu'elle doit faire, et pareille lésion ne peut jamais provenir que de cette personne. Il n'en est pas de même des autres droits, tant réels que personnels, qui ne supposent point une personne déterminée hors nous, et qui dès lors peuvent être lésés par le premier venu. C'est cette considération, fondée sur la nature des droits, qui a guidé les Romains dans leur division. La même considération a présidé à la rédaction de la formule pour les deux classes d'actions. Dans l'*intentio* de l'action tendante à obtenir l'exécution d'un droit d'obligation, il fallait bien nommer la personne du débiteur, parce qu'elle est un élément constitutif du droit : *Si paret, N. Negidium dare facere oportere* [7]. Dans tous les autres cas, pareille désignation n'était pas nécessaire; car la personne du défendeur n'influe en rien sur le fondement du droit: *Si paret fundum Capenatem ex jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus P. Servilio restituetur.*

[4] § 1, I., *de actionibus*, 4, 6. « *Omnium actionum*, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, *summa divisio* in duo genera deducitur : Aut enim *in rem* sunt, aut *in personam*... »

[5] Telle est en général le sens de la locution *in rem*, quand on l'oppose à *in personam*. Elle embrasse tout ce qui ne se rapporte pas à une personne *déterminée*. Fr. 7, § 8, D., *de pactis*, 2, 14. « *In rem*... quoties generaliter paciscor, ne petam : *in personam*, quoties, ne a persona petam. » *Voy.* encore ci-après t. II, § 376.

[6] § 1, I., *de act.* « ... Namque agit unusquisque aut *cum eo, qui ei obligatus est*, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditæ actiones *in personam* sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis : aut *cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est*, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditæ *actiones in rem* sunt... » *Voy.* aussi Gaius, IV, 1-3. - Fr. 25, D., *de obl. et act.*, 44, 7.

[7] Nous aurons à expliquer aux endroits convenables les exceptions que cette règle subit dans les *actiones in rem scriptæ* et dans les interdits. *Voy.* ci-après, n° III, et § 157.

Si paret, A. Agerium liberum esse [8]. On pouvait donc dire que l'*intentio* tendante à la poursuite d'un droit d'obligation, était *in personam concepta;* et par antithèse on appelait *in rem concepta* toute autre formule. De là le nom des actions mêmes : *in rem* et *in personam actiones* [9].

Dans les cas qui peuvent donner lieu à une *actio in personam*, la personne du défendeur est donc toujours connue, dès que le droit auquel l'action se rapporte existe, et même avant la lésion [10]. Dans les cas qui peuvent donner lieu à une *actio in rem*, au contraire, la personne du défendeur, étrangère à l'existence du droit, n'est donnée que par la lésion même. Or, dans certains cas, particulièrement quand il s'agit du droit de propriété, cette lésion résulte de ce qu'un autre détient notre chose et nous empêche ainsi d'exercer notre droit de propriété. C'est cette particularité qui a donné lieu à une définition assez répandue, d'après laquelle l'*actio in rem* serait celle que nous pouvons intenter contre quiconque se trouve en possession de notre chose ou de notre droit. Cette soi-disant définition a d'abord le grand défaut de ne pas faire connaître la nature de l'objet à définir, mais d'indiquer tout simplement une conséquence de la nature particulière de cet objet, ce qui la rend entièrement inutile. Ensuite elle est fausse; car elle exclut plusieurs actions qui, par leur nature et par la disposition expresse de la loi, appartiennent à la catégorie des *actiones in rem* [11]. Nous

[8] En effet, le défendeur n'intervient dans l'affaire que comme cause de lésion. Dès lors il suffit de le nommer dans la *condemnatio*. — C'est probablement par le même motif que l'on n'exigeait point de *demonstratio* dans la formule des *in rem actiones*. Les faits sur lesquels le demandeur fonde son droit n'ont en effet aucun rapport direct avec la contestation qui s'élève et qui est uniquement provoquée par la lésion que le défendeur occasionne en possédant, par exemple, la chose du demandeur ou en lui contestant l'exercice de son droit personnel, réel ou héréditaire. *Voy.* ci-dessus, § 131, note 70.

[9] C'est ainsi que ces actions sont ordinairement appelées dans nos sources, quoique souvent aussi nous trouvions l'inversion : *actio in rem, actio in personam.* — Nous saisissons cette occasion pour faire observer que les jurisconsultes romains ont l'habitude de placer le régime devant le mot qui le régit, et de faire précéder le terme général du terme qui en fixe le sens dans l'espèce, par exemple : *in integrum restitutio, rei vindicatio — scriptum jus, servile caput.*

[10] Il peut se faire, à la vérité, que dans une *actio in personam* la personne du défendeur ne soit connue qu'au moment même de la lésion du droit; mais cela proviendra de ce que par des circonstances accidentelles le droit d'obligation a été lésé au même instant qu'il a pris naissance, ce qui arrive ordinairement dans les obligations qui résultent d'un délit. Toutefois il faut bien se garder de confondre la lésion qui constitue le délit avec la lésion qui donne lieu à l'*actio in personam*. La lésion qui constitue le délit fait naître une obligation; la lésion de cette obligation, c'est-à-dire le refus ou le retard de la remplir, fait naître l'action. Dans la plupart des cas, il est vrai, ces deux lésions existeront ensemble et au même moment; mais cela n'est point *nécessaire*, et le contraire peut arriver. En supposant, par exemple, que le chevalier romain dont parle Aulu-Gelle, *N. A.*, XX, 1, eût eu soin de faire donner les 25 as *précisément au même moment* où il donnait le soufflet, il est évident que ce payement n'aurait pas empêché l'existence de l'injure; mais il n'y aurait point eu d'action.

[11] Elle est encore fausse, parce qu'elle ferait entrer les *actiones in rem scriptæ* dans la catégorie des *actiones in rem*. *Voy.* ci-après n° III.

nous bornons ici [12] à citer les actions qui se rapportent à l'état d'une personne ou aux droits personnels, et que nous devons nécessairement ranger parmi les *actiones in rem* [13].

Nous avons vu, au paragraphe précédent, que toute action, dès le moment qu'elle existe, établit un lien obligatoire entre le demandeur et le défendeur. Dans l'*actio in rem* ce lien ne commence à exister qu'au moment où l'action est intentée; dans l'*actio in personam*, au contraire, il y avait déjà une obligation antérieure. Cette différence se montre également dans le but de l'action. Le but des *actiones in personam* est d'obtenir l'*exécution* d'une obligation, en d'autres termes la condamnation du débiteur, tandis que dans l'*actio in rem* le but direct est la reconnaissance et par suite le *maintien* du droit contesté [14]. Il peut en résulter une condamnation, mais cette condamnation n'est qu'un effet secondaire de la reconnaissance de notre droit [15].

Pour désigner les *actiones in rem*, les Romains se servent aussi des mots *vindicationes* et *petitiones* [16], quoique ces termes ne se rapportent à la rigueur qu'à l'action en revendication de la propriété [17]. Les *actiones in personam*

[12] Il nous serait facile de citer d'autres cas. Ainsi il est évident que l'action par laquelle nous poursuivons la reconnaissance d'un droit de servitude est dans bien des cas dirigée contre quelqu'un qui ne se trouve nullement en possession de la chose, ni même du droit litigieux, par exemple quand il s'agit du *jus tigni immittendi*, c'est-à-dire du droit de placer des poutres dans le mur du voisin.

[13] § 13, I., *de actionibus*, 4, 6. « *Præjudiciales actiones in rem esse* videntur, quales sunt per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo... » Le mot *videntur* ne peut faire de difficulté; car dans le langage des jurisconsultes, *videri* signifie souvent *être évident*. Dirksen, *Manuale latinitatis*, v. *videri*. — *Voy.* encore Théophile, *ad h. l.*, et ci-après, § 140, n° II.

[14] Fr. 35, § 1, D., *de rei vind.*, 6, 1. « Ubi autem... fundum petii, et judex sententia *declaravit* meum esse... » — Fr. 8, § 4, D., *si servit. vind.*, 8, 5. « ... Quia per sententiam non debet servitus *constitui*, sed quæ est *declarari*... » - Cf., Fr. 40, § 2, D., *de procurator.*, 3, 3 « rem meam esse pronunciatur... » - Fr. 31, D., *de pignoribus*, 20, 1 « ... pronunciatum esset, fundum secundum legem domini esse ... » - Fr. 35, D., *emti* 19, 1. - Fr. 6, § 2, D., *de confessis*, 42, 2. » - Fr. 3, § 3, D., *de rebus eorum qui sub tutela*, 27, 9. - Fr. 30, § 1, D., *de exc. rei judicatæ*, 44, 2. - De même dans la pétition d'hérédité, Fr. 15, D., *de exc. rei judicatæ*, 44, 2 « interest, utrum meam esse hereditatem pronunciatum sit, an contra ... » Cf. Fr. 50. § 1, D., *de leg. 1* (30). — Fr. 8, D., *de his quæ ut indignis*, 34, 9. - Fr. 12, § 3, D., *de bonis libertorum*, 38, 2. - Fr. 47, § 1, D., *de manumissis test.*, 40, 4 - Fr. 5, § 1, D., *de re judicata*, 42, 1. - Fr. 122, § 6, D., *de verb. obl.*, 45, 1. - Fr. 14, § 1, D., *de appellationibus*, 49, 1.

[15] *Voy.* ci-après, § 203.

[16] Cette terminologie, qui au reste est loin d'être rigoureuse (*voy.* les textes cités dans la note suivante), s'expliquera aisément par les détails que nous aurons à donner, dans le cours de l'ouvrage, sur les actions relatives aux droits personnels (questions d'état, § 140, n° II) et sur les actions relatives au droit d'hérédité (ci-après § 204, n° I et t. III, §§ 472 et 487).

[17] *Voy.* sur la terminologie en général, Gaïus, IV, 5. - § 15, J. 1-5, *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 25, pr. Fr., 28, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 178, § 2, D., *de verb. signif.*, 50, 16. - Cf. Fr. 52, D., *de pactis*, 2, 14. - Fr. 1, 27, § 3, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 1, pr. D., *de Sc. Ma-*

sont quelquefois appelées *actiones* par excellence, et dans les derniers temps on leur applique aussi, d'une manière générale, le nom de *condictiones* qui, dans le principe, avait une signification beaucoup plus restreinte [18].

II. Il se peut que la lésion qui donne lieu à une *in rem actio* contienne également des faits qui produisent une obligation. Par exemple, celui qui retient illégalement des choses portant des fruits ne lèse pas seulement le droit de propriété, mais il cause encore un dommage au propriétaire, en le privant des fruits que celui-ci avait le droit de recueillir. Ce dommage établit une obligation à sa charge envers le propriétaire lésé. Il y aurait donc lieu à intenter deux actions : l'une *in rem*, en reconnaissance du droit de propriété; l'autre *in personam*, tendante à obtenir des dommages et intérêts. Mais comme le jugement sur ce dernier point dépend nécessairement du jugement sur la question de propriété, on considère la condamnation aux dommages et intérêts comme un accessoire de l'*actio in rem*.

Dans d'autres cas, on a cru voir un concours de l'élément personnel et de l'élément réel, qui ne permettrait pas de considérer l'un comme l'accessoire de l'autre. Cela a eu lieu dans les actions qui ont pour but le partage d'une chose commune, et qui sont au nombre de trois, savoir : l'*actio finium regundorum*, en règlement de bornes, l'*actio familiæ erciscundæ*, en partage d'une succession, et l'*actio communi dividundo*, tendante au partage de toute autre communauté. A cause de ce concours apparent des deux éléments, Justinien a appelé ces actions *mixtes* [19]. Nous nous réservons de démontrer ultérieurement, quand nous traiterons de la matière, que cette qualification est le résultat d'une erreur, et que les actions en partage sont de véritables *actiones in personam* [20]. Une expression peu exacte qui se rencontre dans une loi du Code a donné lieu à une autre opinion erronée, d'après laquelle la pétition d'hérédité, qui est une *in rem actio*, aurait également un caractère mixte [21].

III. Il nous reste à parler d'une classe d'actions que l'on désigne ordi-

ced., 14, 6. - Fr. 16, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 9, D., *de operis novi nunc.*, 39, 1. - L. 11, C., *de usufructu*, 3, 33.

[18] *Voy.* ci-après, t. II, § 278.

[19] § 20, I., *de actionibus*, 4, 6. « Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiæ erciscundæ actio... item communi dividundo..., item finium regundorum... » Fr. 22, § 4, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. « ... Ex duobus constat, id est, rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones. » Au Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.*, 44, 7. Ulpien appelle ces actions *mixtes* sous un autre point de vue, comme synonymes de *judicia duplicia*. *Voy.* ci-après, § 140, n° III. — En général, le mot *mixte* a une signification vague qui ne se détermine que par l'antithèse. *Voy.* encore, § 140, n° I, et la note 64.

[20] *Voy.* ci-après, t. II, § 360.

[21] L. 7, C., *de hereditatis petitione*, 3, 31. *Voy.* ci-après, t. III, § 487.

nairement par le nom d'*actiones in rem scriptæ*. Ces actions sont de leur nature personnelles; mais de fait elles ont une direction réelle qui leur a été imprimée par la loi positive. Cette particularité tient à ce que dans certains cas le droit romain fait naître une obligation d'une circonstance, souvent fortuite et indépendante de la volonté de la personne obligée. Nous donnerons les détails en traitant des obligations, et nous bornons ici à un exemple dont l'exposé servira d'explication à ce que nous venons de dire. Si le fleuve enlève, par une force subite, ma barque et l'entraîne sur le fonds de mon voisin, ce dernier se trouvera, par suite de cet événement fortuit, dans un rapport obligatoire envers moi. Il est bien vrai qu'il n'a rien fait pour créer cette obligation; mais par la loi il est obligé de me mettre à même de reprendre ma barque. S'il le refuse, je puis intenter contre lui une action qui est appelée *actio ad exhibendum*, à cause du but vers lequel elle tend. Cette action, on le voit, est par sa nature personnelle, car elle a pour fondement l'obligation que nous venons d'indiquer. Mais cette obligation même dépend de l'existence de ma barque sur le terrain du voisin, à tel point que, si demain la barque était emportée par le torrent sur le terrain d'un autre voisin, le premier cesserait d'être obligé, et l'obligation passerait au second, contre lequel je devrais dès lors intenter mon *actio ad exhibendum* [22]. L'action est donc pour ainsi dire attachée à la barque; non pas qu'elle ait pour fondement un droit réel [23], mais l'obligation qui donne lieu à l'action suit la chose partout où elle se trouve. C'est par ce motif que les actions de ce genre, quoique essentiellement personnelles, sont appelées *in rem scriptæ* [24].

[22] Fr. 5, § 4, D., *de ad exhibendum*, 10, 4.

[23] En effet, 1° il se peut que le voisin ne conteste aucunement que je sois propriétaire de la barque; 2° pour intenter l'action, il n'est pas même nécessaire que je sois propriétaire; il suffit que j'aie un intérêt à l'exhibition. Fr. 3, §§ 9-12. Fr. 19, D., *ad exhib.*, 10, 4, et ci-après, t. II, § 362.

[24] Ce nom, qui au reste ne se rencontre qu'une seule fois dans nos sources (Fr. 9, § 8, D., *quod metus causa*, 4, 2 : le Fr. 4, § 33, D., *eodem*, parle d'une *exceptio in rem scripta*), provient probablement de la ressemblance qui devait exister entre l'intention de cette action et l'intention des *actiones in rem*. En effet, comme l'obligation du défendeur ne provenait pas nécessairement d'un fait qu'il avait posé lui-même, mais pouvait dépendre d'une circonstance étrangère à sa volonté, il n'était pas nécessaire de mentionner son nom dans cette partie de la formule. *Voy.* ci-dessus, notes 8 et 9. — On compte parmi les *actiones in rem scriptæ* : l'*actio quod metus causa* (t. II, § 287), l'*actio ad exhibendum* et les autres actions tendantes à exhibition (§ 362). Certaines actions qui se rapportent aux obligations résultent de rapports de voisinage (§ 364), l'*actio de pauperie* et en général les *actiones noxales* (§ 366), l'*actio Pauliana* dans certains cas (§ 381), l'*interdictum quod legatorum* (t. III, § 502).

§ 138. *Civiles, honorariæ actiones.* — *Stricti juris, bonæ fidei, arbitrariæ actiones.*

I. *Civiles, honorariæ actiones* [25]. *Actiones civiles* sont celles qui dérivent du *jus civile*. Ce terme comprend donc toutes les actions introduites soit par les coutumes, soit par la législation, tant de la République que de l'Empire, soit enfin par l'interprétation des jurisconsultes et par la pratique. *Honorariæ* sont celles qui doivent leur origine aux édits des magistrats. L'immense majorité des actions honoraires a été créée par les préteurs, *actiones prætoriæ;* il y a aussi quelques *actiones ædilitiæ* [26]. — La division des actions en *civiles* et *honoraires* n'a plus aucune importance dans le droit nouveau. Anciennement, elle n'était pas sans conséquences pratiques. Ainsi pendant longtemps les actions civiles n'étaient point sujettes à la prescription, tandis que les actions honoraires se prescrivaient en général par un laps de temps assez court. En outre, un grand nombre d'actions civiles avaient une formule *in jus concepta,* tandis que toutes les actions honoraires étaient nécessairement *in factum conceptæ*. Enfin, d'après ce que nous savons des *judicia legitima* et des *judicia imperio continentia,* nous serions tenté de croire que toutes les actions honoraires appartenaient à cette dernière catégorie; cependant Gaïus nous apprend qu'une action prétorienne pouvait constituer un *legitimum judicium* [27].

II. *Stricti juris, bonæ fidei, arbitrariæ actiones*. Cicéron, dans une de ses plaidoiries, établit une distinction entre *judicia* proprement dits et *arbitria*, et nous apprend que dans les premiers le jugement de la question contentieuse était aussi simple que rigoureux, en ce sens que le juge, étroitement circonscrit par la formule, devait décider par oui ou par non, tandis que dans les derniers, il avait un certain pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation et l'évaluation des droits respectifs des parties [28]. Cette différence dans

[25] § 3, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 25, § 2, D., *de obl. et act.*, 44, 7.

[26] Fr. 63, § 9, D., *ad Sc. Trebellianicum*, 36, 1. « ... Prætoriis actionibus... » — § 1, I., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 4, 9. « ... Præter has autem ædilitias actiones... » - Tit. C., *de Ædilitiis actionibus*, 4, 58. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 296 et 366, vers la fin.

[27] Gaius, IV, 109. « Ceterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse... Si ex ea causa ex qua nobis edicto Prætoris datur actio, Romæ sub uno judice inter omnes cives romanos accipitur judicium, legitimum est. » *Voy.* Zimmern, *Traité des actions*, § 54 (page 90 de la traduction de M. Étienne).

[28] Cic., *pro Roscio comœdo*, 4. « ... Si amplius nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti : propterea quod aliud est *judicium*, aliud *arbitrium*. Judicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus... Quid est in judicio? directum, asperum, simplex : Si paret h. s. IↃↃↃ dari oportere. Hic, nisi planum facit, h. s IↃↃↃ ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum, quantum æquius melius... »

l'examen de la question entraînait des conséquences pratiques assez importantes que nous trouvons signalées dans la législation de Justinien, à propos d'une division qui comprend les termes *actiones stricti juris, bonæ fidei,* et *arbitrariæ* [29]. Les Institutes, qui mentionnent cette division d'une manière formelle, ne nous font pas connaître la base sur laquelle elle est fondée; mais il est facile de s'apercevoir qu'il en doit être comme de la division de Cicéron, dans laquelle le *certum* était à la fois la condition essentielle et le caractère distinctif des *stricta judicia.*

On comprend, en effet, que le jugement soit plus simple et à la fois plus rigoureux, quand l'objet réclamé est déterminé d'avance, *certum,* que lorsqu'il faut estimer et fixer la valeur de la prestation. Dans le premier cas, le juge n'a qu'à examiner la question de savoir si la chose réclamée est due; dans le second, il doit en outre évaluer le montant de la condamnation et remplir, pour ainsi dire, les fonctions d'expert [30]. Il est évident que la marche à suivre dans cette appréciation doit varier selon les circonstances, et qu'il n'y a pas moyen de la soumettre à des règles certaines, tracées d'avance. Le préteur, en imposant au juge cette tâche, devait donc lui laisser une certaine latitude [31], et c'est pourquoi on appelait ce juge-expert de préférence *arbiter,* et *arbitria* les jugements qui lui étaient soumis [32]. Cette latitude se montrait surtout en ce qu'il pouvait tenir compte de toutes les objections (*exceptiones* et ce qui s'ensuit) que les parties présentaient dans le cours des débats [33]; tandis que le *judex* proprement dit devait se conformer rigoureusement à l'ordre du préteur : *si paret, condemna ; si non paret, absolve,* et ne pouvait avoir égard aux *exceptiones* que pour autant qu'elles fussent expressément insérées dans la formule.

[29] § 31, I., *de actionibus,* 4. 6.

[30] Cic., *pro Roscio com.,* 4. « Judicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. »

[31] Il est probable que, dans le choix du juge, le préteur avait aussi une plus grande latitude. Tandis que, dans les *judicia* proprement dits, le *judex* devait être pris dans la matricule officielle, ou, comme dit Sénèque, *de benef.,* III, 7 (*judex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit*), il pouvait paraître préférable, dans les *arbitria,* de le prendre en dehors de l'*album,* parmi les personnes ayant des connaissances spéciales. M. de Savigny, *Système,* t. V, § 218, à l'appendice qui se trouve à la fin de ce tome et où sont invoqués à l'appui de cette hypothèse Sénèque, *de beneficiis,* III, 7, et Pline, *H. N. dedicatio.*

[32] Festus, v. « *Arbiter* dicitur judex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem. » — Cette terminologie, au reste, n'est ni rigoureuse, ni exclusive. Cf. Cic., *pro Murena,* 12 in f. Le terme technique pour désigner le citoyen chargé du jugement est toujours *judex.*

[33] Cic., *pro Roscio com.,* 4, cité ci-dessus, note 28. - Sénèque, *de clementia,* II, 7. « ... Clementia liberum arbitrium habet : non sub formula, sed ex æquo et bono judicat, et absolvere illi licet, et quanti vult, taxare litem. - Le même, *de benefic.,* III, 7. « ... Ideo melior videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittitur : quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest, et adjicere, et sententiam suam, non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere... » *Voy.* aussi ci-après, § 151 et t. II, § 279.

Le pouvoir discrétionnaire de l'*arbiter* était ordinairement indiqué dans l'*intentio*, qui portait, que les prétentions des parties devaient être jugées *ex fide bona, ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione, quantum æquius melius* [34]. De là vient le nom de *bonæ fidei actiones*, qui se trouve comme terme technique dans les ouvrages des jurisconsultes classiques et dans la compilation de Justinien, en opposition à *stricta judicia, stricti juris actiones* [35].

Il n'est pas difficile de suivre les traces de cette division jusqu'aux temps les plus reculés. Le *judicium* proprement dit est évidemment la procédure la plus ancienne : le *sacramentum* n'en admettait pas d'autre. C'est probablement le besoin d'y déroger dans certains cas qui fit créer la *legis actio per judicis arbitrive postulationem*, source des jugements que Cicéron qualifie d'*arbitria*. La *legis actio per condictionem*, et plus encore l'introduction de la procédure formulaire, modifièrent la simplicité du système. La *condictio*, ne s'appliquant originairement qu'à *pecunia certa*, ou tout au plus *res certa*, ne pouvait donner lieu qu'à un *judicium strictum* [36]. Par contre, le principe du système formulaire d'après lequel la *condemnatio* devait toujours porter une somme d'argent écartait de la catégorie des *judicia* les actions tendant à obtenir la restitution d'une chose. Dans ces cas, en effet, si le défendeur ne restituait pas volontairement, le juge, afin de fixer le montant de la *condemnatio*, devait évaluer et apprécier comme dans les actions de bonne foi [37]. Bien que se rapportant à une chose déterminée, ces procès devenaient donc *arbitria* par la nature particulière de la procédure, et furent appelés *arbitrariæ actiones* [38].

D'après cela, nous arrivons pour le droit des jurisconsultes classiques et de Justinien, aux résultats suivants A). Les *judicia stricta* ou *stricta juris* sont les *actiones in personam* qui servent à la prestation d'un *certum* : ce sont en effet les seules actions dans lesquelles une chose déterminée est à la fois objet de la demande et de la condamnation [39], B). En dehors de cette catégorie nous avons à distinguer 1° les *bonæ fidei actiones*, actions personnelles [40]

[34] CICÉRON, *Topica*, 17 (16) « In omnibus igitur iis judiciis, in quibus, EX FIDE BONA, est additum : ubi vero etiam, INTER BONOS BENE AGIER : imprimis in arbitrio rei uxoriæ, in quo est, ÆQUIUS MELIUS... » - LE MÊME, *de offic.*, III, 15. 16. 17 ; *epist. ad famil.*, VII, 12.

[35] Le terme *bonæ fidei actiones* se rencontre fréquemment, mais le mot *stricti juris actiones* est peu usité. Nous ne le trouvons qu'au § 28, I., *de actionibus*, 4, 6. Des expressions analogues se lisent Fr. 5, § 4, D., *de in litem jur.*, 12, 3. - Fr. 3, § 2, D., *commodati*, 13, 6. - L. un. § 2, C., *de rei uxoriæ act.*, 5, 13.

[36] *Voy.* ci-dessus, § 130, n° 1, 2, 3, et ci-après, t. II, § 279.

[37] *Voy.*, par exemple, la formule transcrite ci-dessus, § 131, note 77, d'après GAIUS, IV, 47.

[38] GAIUS, IV, 163, et § 31, I, *de actionibus*, 4, 6. (Ci-après, note 41.)

[39] Dans beaucoup d'actions réelles, par exemple la revendication, l'objet de la demande est également un *certum* (*voy.* ci-après, n° 2, et § 204, n° I) ; mais dans la procédure formulaire, l'objet de la condamnation était une somme d'argent, qu'il appartenait au juge de déterminer, *quanti ea res est. Voy.* ci-après, § 204.

[40] *Voy.* ci-après, notes 43 et suivantes.

dans lesquelles il s'agit d'une prestation à apprécier et à évaluer par le juge, auquel il est permis à cet effet de tenir compte des exceptions que les parties pourront produire, alors même que le préteur ne les aurait point indiquées dans la formule. 2° Les *actiones arbitrariæ* dans lesquelles le juge a la mission de se faire médiateur entre les parties avant de prononcer le jugement, en permettant au défendeur d'éviter la condamnation par la restitution de l'objet réclamé : *nisi restituat, nisi exhibeat, judex condemnato* [41]. Ces actions, qui tendent à la restitution ou exhibition d'une chose, peuvent être soit *in rem*, soit *in personam*, et ressemblent aux *bonæ fidei actiones* par la latitude laissée au juge dans l'évaluation de la condamnation ; mais quant à l'examen des faits, elles participent plutôt de la nature des anciens *judicia*, et c'est pourquoi le défendeur devait avoir soin de faire insérer par le préteur dans la formule les exceptions dont il se proposait de faire usage.

Nous nous bornons ici à ces notions générales, sauf à faire connaître, en traitant des obligations avec plus de détail, les différences pratiques entre les actions de droit strict et celles de bonne foi [42]. Il importe pourtant de faire observer encore que la division que nous venons d'exposer est loin d'épuiser la matière des actions. Elle ne s'applique d'abord point aux actions concernant les droits personnels. Mais même parmi les actions qui se rapportent aux droits patrimoniaux, il en est un grand nombre qui n'entrent dans aucune des trois catégories. Le *strictum judicium* n'a lieu que quand il s'agit d'une action personnelle tendant à la prestation d'un *certum*. Les *bonæ fidei actiones* sont aussi exclusivement *in personam*; encore cette qualification n'est-elle donnée qu'aux actions qui servent à poursuivre des obligations résultant de contrats, ou de rapports analogues aux contrats. Enfin, bien que la catégorie des *arbitrariæ actiones* comprenne aussi bien des actions réelles que des actions personnelles, elle est loin d'embrasser toutes les actions non comprises dans les deux catégories précédentes [43].

[41] § 31, I., *de actionibus*, 4, 6. « Præterea quasdam actiones *arbitrarias*, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur... In his enim actionibus... permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. » — Cf. Gaius, IV, 163. « ... Accipit formulam, quæ appellatur arbitraria, nam judicis arbitrio, si, quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur ; quod si nec restituat nec exhibeat quanti ea res est condemnatur... »

[42] *Voy.* ci-après, t. II, § 279.

[43] Nous ne trouvons dans nos sources aucun essai d'énumérer les *actiones stricti juris*, et cela s'explique aisément par la raison que ce n'est pas la nature de l'action, mais bien l'objet réclamé qui imprime ce caractère à la procédure. Les énumerations des *bonæ fidei actiones* que nous rencontrons dans Cicéron, Gaïus et Justinien sont évidemment incomplètes (ci-après,

Observation. Dans l'exposé qui précède, nous avons cherché à établir que c'est le *certum* qui constitue la condition essentielle et en même temps le caractère distinctif des *stricti juris actiones*. C'est par voie d'induction que nous sommes arrivé à cette conclusion, qui ne se trouve en termes exprès dans aucun passage de nos sources de droit [44]. Les jurisconsultes romains, en effet, quand ils mentionnent notre division, s'occupent exclusivement de sa partie pratique, sans en examiner la base originaire. Justinien se place au même point de vue dans ses Institutes, et c'est en procédant ainsi qu'il a été amené à donner arbitrairement la qualité de *bonæ fidei judicia* à certaines actions, uniquement par la raison qu'il voulait leur attribuer les effets que les actions de bonne foi produisaient naturellement dans l'ancien droit [45]. Il n'est donc pas étonnant que les jurisconsultes modernes aient généralement méconnu la base de la division en *actiones stricti juris* et qu'ils aient cherché le caractère distinctif des deux catégories non pas dans l'objet de la demande, mais dans la nature juridique du rapport qui donne lieu à l'action. Cette confusion était d'autant plus facile que la diversité de la procédure avait créé entre les actions de droit strict et celles de bonne foi des différences matérielles, qui continuèrent de subsister alors que les causes qui les avaient fait naître eurent disparu depuis longtemps. Des raisons de méthode nous défendent d'entrer ici dans les détails de la question, qui trouveront leur place plus convenablement au livre troisième, où nous examinerons et combattrons également une opinion très-répandue, d'après laquelle la qualification de *stricti juris actiones* appar-

t. II, § 279). Il en est de même de l'énumération des *actiones arbitrariæ*, dans le § 31, I. *de actionibus*, 4, 6. « ... Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem : veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam : veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa, aut dolo malo factum est : item cum id quod certo loco promissum est petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et *ceteris similibus* permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. » On peut s'étonner que dans cette énumération les rédacteurs des Institutes aient oublié la revendication, la plus intéressante sans doute des actions arbitraires. En général, ce terme comprend toutes les actions dans lesquelles le défendeur peut éviter la condamnation en donnant volontairement satisfaction au demandeur, ce qui a lieu surtout dans les demandes tendant à restitution ou exhibition, mais peut également se rencontrer dans d'autres cas, par exemple dans l'*actio de eo quod certo loco dari oportet*. (Ci-après, t. II, § 263.)

[44] Le seul texte des anciens qui y fasse directement allusion se trouve chez Cicéron, *pro Roscio com.* 4. « Aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. » *Voy.* ci-dessus, note 28.

[45] Par les L. 12, C., *de hereditatis petitione*, 3, 31, et L. un. C., *de in uxoriæ actione* 5, 13 Justinien donne la qualité de *bonæ fidei actiones* à la pétition d'hérédité et à l'action en restitution de dot. A l'égard de cette dernière, la mesure est facile à justifier (*Voy.* ci-après t. III. § 395); mais c'était méconnaître le caractère originaire des *bonæ fidei actiones*, qui son essentiellement *in personam*, que de l'étendre à la pétition d'hérédité, qui est une *in rem actio*. *Voy.* ci-après t. III. § 487).

tiendrait à toutes les *condictiones* et à toutes les actions résultant des stipulations, alors même que l'objet de la demande serait un *incertum* [46].

§ 139. *Directæ, utiles actiones.* — *Vulgares, in factum actiones* (*Præscriptis verbis actiones*).

I. *Directæ—utiles actiones.* On entend par *utiles actiones* celles qui ont été créées par analogie d'une action déjà existante [47]. Toute autre action peut s'appeler *directa* ou *vulgaris* [48]. La création des *utiles actiones* est conforme à l'usage des Romains, qui, dans leurs réformes, procédaient rarement d'une manière radicale, mais se bornaient à étendre les institutions existantes à mesure que les besoins de l'époque faisaient découvrir des lacunes dans la législation. A cet effet, on se servait surtout de *fictiones*, insérées dans l'*intentio* de la formule, qui dès lors prenait le nom de *fictitia actio*. Cette fiction, ajoutée à la formule, ordonnait au juge d'appliquer à l'espèce telle disposition légale, bien que l'une des conditions requises pût faire le défaut, le préteur l'autorisant à agir comme si cette condition existait [49]. Quand une *utilis actio* était créée, rien n'empêchait que le principe qui l'avait fait naitre ne fût étendu à son tour et ne donnât lieu à une nouvelle *utilis actio*. Ainsi, nous avons vu que la *Publiciana in rem actio* a été créée comme *utilis*, par analogie de la revendication, au moyen d'une fic-

[46] *Voy.* ci-après t. II, § 279.

[47] Cette analogie est souvent exprimée par le mot *quasi*, qui précède le nom de l'action, par exemple, *quasi Serviana actio*. Le mot *utilis* indique la même idée, aussi a-t-on voulu le faire dériver de *ut, uti*. Hugo, *Gesch. des R. R.*, p. 657 (éd. XI). — Faisons encore observer que *actio* ou *exceptio utilis* signifie parfois une action ou exception efficace, qui peut être employée avec succès Fr. 37. D., *mandati*, 17, 1. - Fr. 16. D., *de exceptionibus*, 44, 1. - Fr. 51. D., *de regulis juris*, 50, 17.

[48] Le mot *directa* est plus usité. *Vulgaris actio* est opposée à *utilis actio* dans le Fr. 46. D., *de hered. instit.* 28, 5. — *Actio directa* se trouve encore employée dans un autre sens en opposition à *actio contraria*. *Voy.* ci-après, t. II, § 281.

[49] Ainsi l'action de vol n'était originairement donnée qu'au citoyen romain. Un étranger venant d'être victime d'un vol, le préteur ne trouvait de meilleur moyen de le faire participer à la protection légale que de lui *fingere civitatem*, c'est-à-dire, d'ordonner au juge de condamner le voleur, comme il devrait être condamné d'après les lois, si le plaignant était citoyen : SI PARET OPE CONSILIOVE N[i] N[i] DIONI FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ; QUAM OB REM SI (DIO) CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, et reliqua GAIUS, IV, 37. Dans d'autres cas, le juge devait agir comme si le demandeur (ou le défendeur) était héritier, bien qu'il ne le fût pas d'après la rigueur du droit; comme s'il avait déjà accompli l'usucapion d'une chose qu'il était seulement en train d'usucaper, etc. GAIUS, IV, 34 - 38. « Ficto se herede ... Fingitur rem usucepisse ... Civitas ei romana fingitur ... fingimus adversarium capite diminutum non esse » - ULPIEN, XXVIII, 12. — Des explications plus détaillées se trouveront ci-après à propos de l'action publicienne (§ 208), de la *bonorum emtio* (t. II, § 380) et de la *bonorum possessio hereditaria* (t. III, § 440. 454).

tion par laquelle on considérait le demandeur comme ayant rempli l'usucapion qu'il n'avait fait que commencer [50]. Or, la *Publiciana actio* ne se rapportait d'abord qu'aux choses corporelles; par la suite, le principe qui la domine fut étendu aux servitudes, et dans cette application elle aurait pu s'appeler *utilis Publiciana actio* [51].

Les rapports juridiques protégés par une *actio utilis* offraient toujours une grande analogie avec des droits expressément sanctionnés par le *jus civile*. Quand pareille analogie n'existait pas dans une espèce qui paraissait mériter la protection légale, et que, par conséquent, il n'y avait pas moyen d'appliquer par extension un principe déjà consacré, il fallait bien créer des actions originaires, que l'on appelait alors par excellence *in factum actiones* [52], pour indiquer qu'elles étaient fondées non pas sur une règle du *jus civile*, mais sur l'équité résultant de l'ensemble des faits [53]. Des actions de ce genre furent créées tant par le préteur que par la jurisprudence, *prætoriæ* et *civiles in factum actiones*. Parmi ces dernières, il en est que l'on distingue par le nom de *præscriptis verbis*, et qui offrent ceci de particulier que, tout en appartenant à la catégorie des *in factum actiones*, elles ont une *intentio in jus concepta*. Nous expliquerons cette apparente contradiction quand nous traiterons des contrats innomés, auxquels ces actions se rapportent, en nous bornant ici à faire observer que le nom de *præscriptis verbis actiones* leur vient de ce que l'on mettait en tête de la formule l'exposé des faits qui servaient de base à la demande, *præscriptio* [54].

En combinant les divisions qui précèdent avec les divisions des formules que nous avons fait connaître au § 132, nous obtenons la classification suivante :

A. Les *actiones vulgares* étaient ou *civiles* ou *honorariæ*. Les premières avaient toutes une *juris civilis intentio* et étaient par conséquent *in jus*

[50] *Voy.* ci-dessus, § 44, note 26, et ci-après, § 208.

[51] Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem actione*, 6, 2, et ci-après, §§ 208. 222. 223.

[52] Nous disons *par excellence*, car, dans un sens plus étendu, le terme in *factum actiones* comprend aussi les *actiones utiles*, puisqu'elles ne sont pas exclusivement fondées sur le *jus*, et supposent au contraire toujours des *faits* spéciaux, qui empêchent l'espèce pour laquelle elles sont créées d'entrer exactement dans la disposition du *jus*, dont l'extension, par analogie, est nécessaire. On peut donc dire que toute *actio utilis* est *in factum*, comme d'un autre côté toute *actio in factum* créée par analogie, mérite le nom de *utilis actio*; ce qui d'ailleurs serait conforme au langage des jurisconsultes romains, qui se servent souvent indifféremment des deux termes.

[53] Fr. 1, pr. D., *de præscriptis verbis*, 19, 5. « Nonnumquam evenit ut cessantibus *judiciis proditis* et *vulgaribus actionibus*, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas; quæ *in factum* appellantur... »

[54] Fr. 2, D., *de præscriptis verbis*, 19, 5. « Nam cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, *præscriptis verbis* agendum est. » - L. 6, C., *de transactionibus*, 2, 4. « ... Actio quæ *præscriptis verbis* rem gestam demonstrat. » — Mais pourquoi cet exposé est-il appelé *præscriptio* et non pas *demonstratio?* La réponse à cette question se trouvera ci-après, t. II, § 323, où nous donnerons également les explications promises dans le texte.

conceptæ; les actions honoraires étaient toutes *in factum conceptæ* [55].

B. Aux actions vulgaires on oppose toutes les autres actions, sous le nom général de *in factum actiones*. Dans cette catégorie nous trouvons :

1° Les *actiones utiles*, c'est-à-dire les actions créées par analogie, soit civiles, soit prétoriennes [56].

2° Les *in factum actiones* proprement dites : soit civiles, parmi lesquelles nous avons à distinguer surtout les *actiones præscriptis verbis*, pourvues d'une *intentio juris civilis;* soit prétoriennes, *prætoriæ in factum actiones* [57].

Toutes ces distinctions, originairement importantes pour la rédaction des formules et pour la marche de la procédure, n'ont plus qu'un intérêt historique, depuis la disparution des *judicia ordinaria*. La législation de Justinien a pourtant conservé les noms transmis par les générations précédentes, et il n'est pas à méconnaître que l'ancienne terminologie ne soit encore souvent utile pour faire connaître l'origine et par conséquent la nature du droit auquel l'action se rapporte [58].

Observation. Les locutions *in jus* et *in factum*, ajoutées au mot *formula*, ont la même signification que lorsqu'elles accompagnent le mot *actio*. *Factum* comprend tout ce qui n'est pas une émanation directe du *jus civile*. Mais dans l'application se trouvent des nuances provenant de ce que la formule est qualifiée d'après la rédaction de l'*intentio*, c'est-à-dire des conclusions du demandeur, tandis que l'on dénomme l'action d'après le fondement de la demande. Ainsi les *præscriptis verbis actiones* sont *in factum*, mais elles ont une *intentio juris civilis*. Si de cette manière des actions pourvues d'une *formula in jus concepta* peuvent recevoir la qualification de *in factum actiones*, il est par contre à remarquer que ce terme n'est employé que quand il s'agit d'*actiones in personam*, et que les *actiones in rem*, créées par l'édit du préteur et qui certes avaient une *formula in factum concepta*, comme l'action Servienne, etc., l'action confessoire accordée *tuitione prætoris* (§§ 225. 252), ne sont jamais appelées *in factum actiones*.

[55] Gaius, IV, 45, 46.

[56] Le nombre des actions prétoriennes utiles est trop considérable pour que nous essayions de les énumérer. Les actions utiles dérivant du *jus civile* sont naturellement peu nombreuses, parce que les actions établies par la législation sont toutes *directæ*. Cependant, l'interprétation des jurisconsultes en créa dans certains cas, par exemple dans l'application de la loi Aquilia (ci-après, t. II, § 335); et jusqu'à Dioclétien, les empereurs eurent assez de modestie pour qualifier d'*utiles* les actions qu'ils créaient par analogie. L. 8, C., *de rei vindicatione*, 3, 32. - L. 7, C., *de pactis conventis*, 5, 14. - L. 3, C., *de donationibus quæ sub modo*, 8, 55.

[57] Il suffit d'avoir donné ici une notion générale des *in factum actiones*. La matière des obligations nous en fournira des exemples nombreux.

[58] Il suffit de citer ici comme exemple la *cession des actions*. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 272. 273. 305.

§ 140. *Diverses autres espèces d'actions.*

I. *Actiones rei persequendæ causa comparatæ, actiones pœnales, actiones mixtæ* [59]. Cette division s'applique particulièrement aux actions qui résultent d'un délit ou en général d'un fait illicite. Pareil fait impose à celui qui le commet l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé. Mais dans plusieurs cas, la partie lésée peut en outre exiger une peine pécuniaire fixée par la loi. Or, l'action que nous avons pour répéter la chose dont nous avons été privés, ou pour obtenir réparation du dommage qui nous a été causé, est appelée *rei persequendæ causa comparata*, * *rei persecutoria* *; celle par laquelle nous demandons le payement de la peine pécuniaire s'appelle *pœnalis*. Dans certaines actions provenant d'un délit, les deux éléments se trouvent réunis, c'est-à-dire qu'elles servent à demander à la fois réparation du dommage et payement de la peine. On les nomme *mixtæ*. — Quoique cette division n'ait d'importance que pour les actions provoquées par un fait illicite, Justinien l'applique à toutes les actions qui ont pour objet un intérêt pécuniaire. Dans cette acception, la catégorie des actions *rei persecutoriæ* comprend toutes celles qui n'ont pas pour but la poursuite d'une peine [60].

II. *Præjudiciales actiones*. Nous avons vu ci-dessus qu'on entend par *præjudicialis formula* celle qui ne contient point de condamnation [61]. Le but des actions dans lesquelles on emploie pareille formule est de faire déclarer que telle qualité, tel droit nous revient, sauf à en tirer ultérieurement des conséquences [62]. Cela se faisait anciennement dans un grand nombre d'espèces qui, dans le droit nouveau, ne sont plus traitées que comme des incidents de la procédure qu'elles servent à préjuger. Il est pourtant une catégorie d'actions préjudicielles dans lesquelles le jugement a une valeur absolue, abstraction faite de toute autre question qu'il peut préjuger; savoir, les contestations relatives à l'état des personnes, *quæstiones status*. Ces actions sont naturellement restées debout, et c'est à elles que le

[59] Gaius, IV, 6-9. - §§ 16-19, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 35, D., *de obl. et act.*, 44, 7.

[60] § 17, I., *de actionibus*, 4, 6. — Il est, au reste, à remarquer que la terminologie n'est pas aussi rigoureuse que la théorie la représente. Le terme *actio pœnalis* est souvent appliqué à des actions mixtes, et dans le Fr. 1, § ult., D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, 43, 4, il sert même à désigner une action *repersécutoire* résultant d'un délit.

[61] Gaius, IV, 44. - Théophile, ad § 13, I., *de actionibus*, 4, 6. *Voy.* ci-dessus, § 131, note 71.

[62] Gaius, IV, 44. « ... Sicut in præjudicialibus formulis, qualis est, qua quæritur, aliquis libertus sit, velut quanta dos sit et aliæ complures... » - D'autres exemples se trouvent chez Gaius, III, 123 (ci-après, t. II, § 343). - Paul, V, 9, 1. - § 13, I., *de actionibus*, 4, 6, et dans les textes à citer dans la note suivante.

terme *præjudiciales actiones* semble être exclusivement conservé par Justinien [63].

III. *Judicia simplicia* et *duplicia* [64]. On appelle *judicia duplicia* ou *mixta* ceux dans lesquels chaque partie peut obtenir le rôle de demandeur et de défendeur ; en d'autres termes, les procès dans lesquels la condamnation peut être dirigée aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur [65]. Les *judicia simplicia* dans lesquels ce fait ne peut se produire forment la règle ; au nombre des *judicia duplicia* figurent les actions en partage [66] dont nous avons parlé au § 134, n° II, ainsi que les actions tendant à nous maintenir dans notre possession, *interdicta retinendæ possessionis* [67].

IV. Il y avait certaines actions pénales que tout citoyen pouvait intenter, quoiqu'il n'y eût aucun intérêt personnel [68]. Ces actions, appelées *populares*, se rapportaient principalement à des questions d'intérêt général que nous considérons aujourd'hui comme étant du domaine de la police [69]. Celui qui intentait et faisait réussir une action populaire acquérait le montant de la peine dont la loi frappait le fait illicite qui y avait donné lieu. Si plusieurs individus se portaient en même temps demandeurs, le préteur accordait la préférence à celui qui lui paraissait le plus propre à poursuivre l'action, ou à celui qui était personnellement intéressé à ce que l'action eût son cours [70].

[63] § 14, I., *de actionibus*, 4, 6. « Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quæritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo... » Cf. Fr. 8, § 1, D., *de in jus vocando*, 2, 4. - Fr. 1, § 16. Fr. 3, § 2-5, D., *de agnoscendis et alendis liberis*, 25, 3. - Fr. 7, § 5. Fr. 10, 11, 12, D., *de liberali causa*, 40, 12. - Fr. 6, D., *si ingenuus esse dicetur*, 40, 14. - L. 9, C., *de patria potestate*, 8, 47. — *Voy.* cependant Fr. 30, D., *de rebus auctoritate judicis possidendis*, 42, 5. « Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, eos qui bona sua negant jure venisse, præjudicio experiri debere, et frustra principium desiderare rescindi venditionem. »

[64] Gaius et Justinian ne traitent de cette division que par rapport aux *interdits*. (Gaius, IV, 156-160. - § 7, I., *de interdictis*, 4, 15.) Le terme *judicium duplex*, appliqué aux actions en partage, se trouve Fr. 2, § 1, D., *communi divid.*, 10, 3. — Dans le Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.*, 44, 7, ces actions sont appelées *mixtes*.

[65] § 7, I, *de interd.*, 4, 15. « ... Ideo autem *duplicia* vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet. » — *Voy.* encore Gaius, IV, 157, et la note suivante.

[66] Fr. 10, D., *fin. regund.*, 10, 1. - Fr. 2, § 3, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 2, § 1, D., *communi divid.*, 10, 3. — *Voy.* ci-après, t. II, § 360.

[67] *Voy.* ci-après, § 175.

[68] Par des dispositions particulières, les infâmes étaient privés de ce droit civil ; les femmes et les impubères ne pouvaient l'exercer que quand ils y avaient quelque intérêt. Fr. 4, 6, *de popularibus actionibus*, 47, 23.

[69] Tit. D., *de popularibus actionibus*, 47, 23. — § 1, I., *de obl. quasi ex delicto*, 4, 5. - Fr. 5, § 6 sqq., D., *de his qui effuderint*, 9, 3. - Fr. 2, § 34, D., *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, 43, 8. - Fr. 1, § 9, D., *ne quid in flumine publico fiat*, 43. 13. - Fr. 3, § 9, D., *de libero homine exhibendo*, 43, 29. — On parle aussi de *actiones* et *exceptiones quasi publicæ* ou *quasi populares*. § 3, I., *de suspectibus tutoribus*, 1, 26. - *Vaticana fragmenta*, 266.

[70] Fr. 2. 3, § 1. D , *de popularibus actionibus*, 47, 23.

Observation. Nous aurions pu citer encore d'autres espèces d'actions; mais des raisons de méthode nous engagent à les exposer aux endroits où nous traiterons des matières avec lesquelles elles ont un rapport direct. Ainsi, nous parlerons de la division en *actiones perpetuæ* et *temporales* quand nous nous occuperons de la prescription. Les *condictiones* trouveront leur place au livre des obligations [71].

EFFETS DE L'ACTION INTENTÉE. LITIS CONTESTATIO.

§ 141.

Quand le demandeur a intenté son action, l'autorité judiciaire est saisie du procès, *controversia mota est;* mais l'action n'est réellement constituée et ne produit les effets dont nous allons parler qu'à partir de la *litis contestatio* [72]. Nous avons vu ci-dessus que dans le principe on donnait ce nom à l'acte par lequel les parties s'engageaient mutuellement à accepter le *judicium* et à se soumettre à toutes les conséquences qui pouvaient en dériver [73]. Cet acte terminait la procédure devant le préteur, *in jure*, et fixait les prétentions respectives des parties. Il est évident qu'après la disparition de l'*ordo judiciorum* et de la séparation du *jus* et du *judicium*, il ne pouvait plus être question de l'ancienne *litis contestatio;* mais comme on y avait attachées des conséquences très-importantes, le nom en fut conservé, et on fixa par des lois particulières le moment de la procédure auquel *lis contestata videtur* [74], ce qui évidemment ne peut être arrivé avant que les parties se soient expliquées sur leurs prétentions respectives [75].

C'est la *litis contestatio* qui donne à l'action le caractère d'obligation dont nous avons parlé au § 136. Elle remplace les rapports qui ont pu exister entre les parties par une obligation dont les effets sont déterminés par le

[71] *Voy.* ci-après, §§ 145 sqq., et t. II, § 278.

[72] Pour désigner cette phase du procès, nous trouvons les termes *lis inchoata, ordinata; judicium ordinatum, acceptum,* etc.

[73] *Voy.* ci-dessus, § 134, note 11. Le terme *litem contestari,* bien que s'appliquant aux deux parties, est de préférence employé quand il s'agit du demandeur; du défendeur, on dit plutôt *judicium accipere.*

[74] L. un. § 1, Th. C., *de actionibus certo temp. finiendis,* 4. 14. - L. 14, § 1, J. C., *de judiciis,* 3, 1. - L. un. J. C., *de litis contest.*, 3, 9. - *Nov.* 53, c. 3; 82, c. 10; 96, c. 1.

[75] La même idée se trouve déjà exprimée dans une constitution de Sévère et Caracalla. L. un. in f. C., *de litis contestatione,* 3, 9. « ... Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit. » Cf. L. 2, pr. C., *de jurejurando propter calumniam,* 2, 59.

jugement, ou, comme les Romains disent, elle opère novation [76]. L'idée de la novation, prise dans le sens rigoureusement technique, renferme essentiellement deux éléments : savoir l'extinction d'un droit originaire, et la création d'un droit nouveau en remplacement du droit éteint [77]. Bien que dans cette rigueur l'idée ne fût point applicable d'une manière absolue à notre matière, les Romains ont cependant cherché à poursuivre l'analogie aussi loin que possible.

A. Extinction du droit originaire. Cet effet de la *litis contestatio* est, dans nos sources, généralement signalé comme la conséquence première et immédiate de la *litis contestatio* [78]. Il en était réellement ainsi dans les *actiones personales in jus conceptæ*, qui se jugeaient *legitimo judicio*. L'obligation qui leur servait de base était éteinte de plein droit, et le demandeur ne pouvait obtenir payement ni faire valoir sa créance en justice autrement qu'en poursuivant l'action intentée. Il n'en pouvait être de même dans les *actiones in rem* : la nature des droits qui leur servait de base s'y opposait. Comment en effet admettre qu'un droit personnel ou réel soit éteint parce que le défendeur s'oblige à se soumettre au jugement qui a précisément pour but de constater le droit [79]? Cependant, si le demandeur tentait de faire valoir ce même droit par une autre action, le préteur mettait le défendeur à l'abri de la nouvelle poursuite par une *exceptio rei in litem deductæ* [80]. Le

[76] Voici comment les Romains expliquaient les changements que le procès produit dans les rapports entre parties : « ... Apud veteres scriptum est ante litem contestatam *dare* debitorem oportere, post litem contestatam *condemnari* oportere, post condemnationem *judicatum facere* oportere. » GAIUS, III, 180. — Il y avait à cet égard une controverse sur la question de savoir, si dans les *judicia stricta* le défendeur pouvait éviter la condamnation en payant après la *litis contestatio*. Les Sabiniens se décidaient pour l'affirmative, *et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria*. Les Proculéiens, au contraire, soutenaient que le payement volontaire, après la L. C., n'empêchait point que le défendeur fût condamné, sauf à lui d'opposer une exception à l'exécution du jugement, ou de répéter comme indûment donné ce qu'il avait payé une seconde fois. Il va sans dire que, dans le droit nouveau, l'opinion des Sabiniens a prévalu. GAIUS, IV, 114. — § 2, I., de *tempor. act.* 4, 12. - Fr. 3 pr. D., *de publicanis*, 39. 4. - Le Fr. 84. D., *de verb. obl.*, 45, 1, contient peut-être une réminiscence des Proculéiens, à moins qu'on ne l'entende d'une *stipulatio pœnæ*. (Ci-après, t. II, § 340).

[77] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 374, 375.

[78] GAIUS, III, 180, IV, 107. - *Vatic. fragm.*, 263. - Fr. 1, 11, § 1, Fr. 29, D., *de novat.*, 46, 2. - Fr. 23, D., *de solutionibus*, 46, 3.

[79] *Voy.* ce que nous avons dit ci-dessus, § 137, notes, 15. 99.

[80] GAIUS, III, 180. « Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum ; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione... » — GAIUS, IV, 106. « Et si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quæ in factum concepta est, sive ea quæ in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest : et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ. 107. At vero, si legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quæ juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est ; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est

même moyen était donné au défendeur quand l'instance avait été engagée par une *in factum actio*, ou en général par un *judicium imperio continens* [81].— Il est pourtant à remarquer que même dans les cas où l'idée de la novation était appliquée rigoureusement on n'admettait pas les conséquences qui auraient rendu la position du demandeur moins bonne qu'elle n'était avant l'action intentée; ce qui, en effet, eût été directement contraire au but de l'action. Ainsi les accessoires de l'ancienne obligation, les priviléges et hypothèques, l'obligation de payer les intérêts qui pouvaient y être attachés, continuèrent de subsister [82].—Tel était le système du temps des jurisconsultes classiques. Justinien ne l'a point changé formellement; mais de l'ensemble de sa législation, et de quelques textes [83], il résulte implicitement qu'il entendait réduire cet effet extinctif à ce qui est indispensablement nécessaire pour atteindre le but final de tout procès. Dans le droit nouveau la *litis contestatio* n'éteint donc plus le droit qui sert de base à l'action, mais elle empêche le demandeur d'intenter une nouvelle poursuite du même chef contre le défendeur avec lequel il a engagé l'instance. L'exception par laquelle ce dernier est protégé n'a plus de nom particulier dans la compilation de Justinien, elle s'y présente sous la forme générale d'une *exceptio doli* ou *in factum* [84].

B. Établissement d'une obligation nouvelle. Le contenu de cette obligation n'est, à la vérité, déterminé que par le jugement à intervenir; mais le lien obligatoire n'en existe pas moins entre les parties [85] dès le moment de la *litis contestatio* et se manifeste par plusieurs effets importants: 1° Chacune des parties peut exiger que l'affaire litigieuse soit poursuivie telle qu'elle est engagée, et terminée par un jugement [86]. L'objet de la demande

rei judicatæ, vel in judicium deductæ. 108. Alia causa fuit olim legis actionum : nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat : nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. » — Cf. Cic., *de orat.*, I, 37 « ... Petitor rursus eum peteret, ne exceptione excluderetur : QUOD EA RES IN JUDICIUM ANTEA VENISSET ... »

[81] Dans les *in factum actiones*, et en général dans toutes les *actiones in personam*, le principe de la novation aurait pu être maintenu dans toute sa rigueur. La raison qui a empêché de le faire est probablement que la plupart des *in factum actiones* et tous les *judicia imperio continentia* dérivaient de l'*imperium* du préteur, et que le préteur ne pouvait pas annuler directement un droit, mais seulement le rendre inefficace.

[82] Fr. 29, D., *de novat.*, 46, 2. « ... neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem. - Fr. 22, D., *de tutelæ actione*, 27, 3. - Fr. 86, D., *de reg. juris*, 50, 17. - L. ult. C., *de novationibus*, 8, 42. — Il y avait anciennement une exception à l'égard du cautionnement, dont nous parlerons ci-après t. II, § 344.

[83] L. 28, C., *de fidejussoribus*, 8, 41. - Cf. L. 9, C., *de præscriptione triginta annorum*, 7, 39. - L. 1, § 1, C., *de annali exceptione*, 7, 40.

[84] Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa*, 4, 2. - *Voy.* aussi ci-après § 149, note 7.

[85] Bien que l'engagement pris par le défendeur ne soit pas volontaire, du moins dans le droit nouveau (*voy.* ci-dessus, § 130, note 36), on compare l'obligation produite par la L. C. à celle qui résulte d'un contrat. Fr. 3, § 11, D., *de peculio*, 15, 1 « ... nam sicut in stipulatione ... ita judicio contrahi... » - Fr. 22, D., *de tutelæ actione*, 27, 3.

[86] *Voy.* ci-dessus, la note 73, et Fr. 74, pr. D., *de judiciis*, 5, 1. - Dès lors aussi la

se trouve invariablement fixé, et le demandeur ne peut plus changer ses conclusions [87]. 2° L'obligation résultant de l'instance engagée fait partie du patrimoine des deux adversaires et passe à leurs héritiers respectifs [88]. 3° La création de ce lien obligatoire a pour effet d'interrompre la prescription qui a pu avoir cours à l'égard du droit originaire [89]. 4° Le jugement à intervenir aura un effet rétroactif au jour de la *litis contestatio*, c'est-à-dire que le demandeur, s'il obtient gain de cause, doit être mis en l'état où il se serait trouvé si le jugement avait été obtenu à ce moment [90]. Si le jugement ordonne la restitution ou la livraison d'une chose, cette chose doit être donnée telle qu'elle était lors de la *litis contestatio*, y compris les accessoires qu'elle a produits ou qui s'y sont joints depuis *cum omni causa* [91]; et le défendeur est responsable de tout dommage qui a pu survenir par sa faute [92]. 5° Enfin, d'après une disposition positive du droit romain, aucune partie ne peut plus aliéner l'objet ou le droit en question sous peine de nullité et d'une amende envers le fisc en cas de fraude [93].

compétence du juge se trouve fixée. Fr. 30, D., *eodem.* « Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet. » L. 4, C., *de jurisdict.*, 3, 13.

[87] Fr. 33 in f., D., *de leg. I* (30). - Fr. 1, D., *de penu legata*, 33, 9. - Fr. 9, D., *de verborum obl.*, 45, 1. - Fr. 57, § 1, D., *de solut.*, 46, 3.

[88] *Voy.* ci-après, § 143, note 96.

[89] L. 2, C., *ubi in rem actio*, 3, 19. - L. 2, 10, C., *de præscr. longi temporis*, 7, 33. - La L. C. produit un effet analogue à l'égard de l'usucapion, mais d'une manière indirecte, par suite de l'effet rétroactif du jugement. *Voy.* la note suivante et ci-après § 199, litt. E.

[90] Fr. 31, pr. D., *de rebus creditis*, 12, 1 « ... omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset. - Fr. 40, pr. D., *de hered. petit.*, 5, 3. - Fr. 17, § 1, Fr. 18-21, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 25, § 8, D., *de Ædil. edicto*, 21, 1. - Fr. 2, 3, § 1, fr. 34, 35, 38. § 7-15, D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 2, § 21, D., *pro emtore*, 41, 4. - Fr. 2, D., *pro herede*, 41, 5. - Fr. 35, 75, D., *de verborum signif.*, 50, 16.

[91] § 3, I., *de officio judicis*, 3, 17. - Fr. 20, D., *de rei vind.*, 6, 1. « Præterea restituere debet possessor et quæ post acceptum judicium per eum (servum), non ex re sua, adquisivit..., nec enim sufficit, corpus ipsum restitui : sed opus est, ut et causa rei restituatur... » - Fr. 31, pr. D., *de rebus creditis*, 12, 1. « Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit : id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset. » - Fr. 2, pr. D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 3, § 1, D., *eod.* « In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitrariæ, nec bonæ fidei, post litem contestatam, actori causa præstanda est in eum diem quo sententia dicitur. Certe post rem judicatam tempus a fructibus dependendis immune est. » — Nous nous bornons ici à indiquer le principe général, tout en faisant observer que l'application en présente des nuances extrêmement variées selon la nature de l'action. *Voy.* à cet égard les détails que nous donnerons dans le cours de l'ouvrage, spécialement à l'occasion de la revendication (ci-après, § 205), et des dommages et intérêts (t. II, §§ 205, 261).

[92] Controverse des deux écoles : D'après les Proculéiens, le défendeur était responsable de la perte de la chose, arrivée même par cas fortuit ; l'opinion plus équitable des Sabiniens, qui ne le rendaient responsable que de ce qui résulte de sa faute, a prévalu. Fr. 40, D., *de hered. petit.*, 5, 2. - Fr. 1. § 3, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 12, § 3. Fr. 14, § 1, D., *depositi*, 16. 3.

[93] Déjà la loi des Douze Tables défendait de consacrer aux dieux une chose litigieuse. Fr. 3, D., *de litigiosis*, 44, 6. - Auguste déclara nulle toute aliénation volontaire des choses litigieuses et la punit d'une amende, si elle avait été faite frauduleusement. Gaius, IV, 117.

COMMENT LES ACTIONS PRENNENT FIN.

§ 142. *Extinction du droit. Jugement. Transaction.*

Il est évident que l'action doit cesser dès le moment où les deux éléments qui la constituent n'existent plus. L'extinction du droit sur lequel l'action est fondée aura donc naturellement pour effet d'éteindre l'action. Il en sera de même lorsque la lésion qui l'a fait naître viendra à cesser. — Après cette cause d'extinction nécessaire vient, comme moyen régulier de mettre fin à une action, le jugement, c'est-à-dire l'acte par lequel le juge décide de la contestation qui lui est soumise. — Enfin, les parties peuvent aussi, volontairement et par une convention amiable, terminer le différend qui les divise.

Comme nous aurons à traiter de ces modes en d'autres endroits, et à d'autres points de vues [94], nous nous bornons ici à les indiquer, et passons aux causes d'extinction qui présentent des particularités spéciales pour notre matière.

§ 143. *Mort des parties.* * Translatio activa, passiva *.

En général, la mort des parties n'éteint point le droit d'action; il passe aux héritiers tant du demandeur que du défendeur. C'est ce que les commentateurs entendent par *translatio actionis*. On appelle la translation active quand l'action passe aux héritiers du demandeur, et passive quand l'action peut être intentée contre les héritiers du défendeur. Les Romains disent dans ces cas, *actio heredibus datur, actio in heredes* ou *contra heredes datur* [95].

Toutefois, cette règle générale n'est pas sans exceptions. Voici les dispositions du droit romain sur cette matière.

Avant la *litis contestatio*, toutes les actions passent de plein droit aux

- *Fragm. de jure fisci*, § 8. - Fr. 13, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 1, § 2, D., *quæ res pign. obl. non poss.*, 20, 3. - Fr. 8, § 1. D., *de litigiosis*, 44, 6. - Fr. 1, pr. Fr. 22, pr. D., *de jure fisci*, 49, 14. - L. 1. C., *communi divid.*, 3, 37. Ces dispositions furent confirmées et même rendues plus sévères par Constantin et Justinien. L. 2. 4. C., *de litigiosis*, 8, 37. - *Nov.*, 112, c. 1. — Des exceptions à la règle de l'inaliénabilité sont admises dans les L. 4. C., *de litigiosis*, 8, 37 et *Nov.*, 112, c. 1.

[94] Extinction du droit qui sert de base a l'action. *Voy.* les endroits où il sera traité de l'extinction des divers droits, savoir : *Droits réels*, §§ 209 sq., 230, 237, 254. *Droits d'obligation*, §§ 368, sq. - Jugement, ci-après, § 155. - Transaction, ci-après, t. II, § 377.

[95] Tit. 1., *de perpetuis et temporalibus actionibus et quæ ad heredes et in heredes transeunt*, 4, 12. — Tit. C., *ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur*, 4, 17.

héritiers, tant du demandeur que du défendeur, *heredibus et in heredes dantur* [96].

Avant la *litis contestatio* : 1. La translation active a toujours lieu, *actio heredibus datur*, excepté dans quelques actions pénales, qui ont moins pour fondement une lésion matérielle qu'un affront personnel dont on veut tirer vengeance, et que par ce motif on appelle ordinairement *actiones meram vindictam spirantes* [97]. 2. Quant à la translation passive, il faut distinguer entre les *actiones in personam* et les *actiones in rem*. — Dans les premières, la translation a lieu toutes les fois que l'obligation résulte d'une convention, ou en général d'un fait licite. Quand l'obligation résulte d'un fait licite, les *actiones rei persecutoriæ* sont données contre les héritiers pour autant qu'ils se trouvent enrichis par suite du délit, *in quantum locupletiores facti sunt* [98]; les *actiones pœnales* ne se transmettent point [99], les *mixtæ* ne se transmettent que pour la partie *rei persecutoria* [100]. Les *actiones in rem* n'existant pas contre une personne déterminée [1], il est évident qu'il ne peut point y avoir de translation passive à

[96] § 1, I., *de perpetuis et tempor. act.*, 4, 12 - Fr. 57. D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 15. D., *de noxalibus act.*, 9, 4. - Fr. 8, § 1. D., *de fidejuss. et nominatoribus*, 27, 7. - Fr. 29. D., *de operis libertorum*, 38, 1. - Fr. 24, § 4. D., *de liberali causa*, 40, 12. - Fr. 26, 58. D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 28. D., *de injuriis*, 47, 10. - Fr. 87. 139, pr. Fr. 164. D., *de regulis juris*, 50, 17. - L. un. C., *ex delictis defunctorum*, 4, 17. - L. 4. C., *de in litem jurando*, 5, 53. - Le Fr. 33. D. *de obl. et act.*, 44, 7 doit être entendu d'un cas où la L. C. n'a pas eu lieu par la faute du défendeur.

[97] Par exemple : l'*actio injuriarum* (Gaius, IV, 112. - § 1, I., *de perpet. et temp. act.*, 4, 12, et Théophile, *ad h. l.* - Fr. 7, § 1, 13, pr. Fr. 28. D., *de injuriis*, 47, 10. - Fr. 2, § 4, D., *de collat.*, 37, 6. « ... Magis enim *vindictæ*, quam *pecuniæ*, habet persecutionem); l'*actio sepulcri violati* (Fr. 3, § 8, Fr. 10, D., *de sepulcro viol.*, 47, 12). — *Voy.* encore Fr. 4, § 1, 24, D., *de in jus voc.*, 2, 4. - Fr. 4, D., *de calumniat.*, 3, 6. - Fr. 9, D., *de religiosis*, 11, 7, etc. — On doit compter encore ici, bien que le nom *meram vindictam spirantes* ne s'y applique qu'imparfaitement, l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude et les *querelæ inofficiosi testamenti* et *inofficiosæ donationis*. *Voy.* ci-après, t. II, § 337, et t. III, § 472.

[98] Fr. 38, D., *de reg. juris*, 50, 17. « Sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re *ad eum pervenit.* » - Fr. 44, D., *eod.* - Fr. 5, pr. D., *de calumn.*, 3, 6. - Fr. 4, in f. Fr. 5-7, D., *de alienat. jud. mut. causa fact.*, 4, 7. - Fr. 1, § ult. D., *ne vis fiat ei*, 43, 4, où le mot *actio pœnalis* sert à désigner une action répersécutoire. - Fr. 3. pr. D., *de vi*, 43, 16. - L. un. C., *ex delict. defunct.*, 4, 17. — Dans l'action en restitution d'une chose volée, *condictio furtiva*, les héritiers sont tenus pour le tout, *in solidum*. § 19, in f. I., *de obl. quæ ex delicto*, 4, 1. - Fr. 7, § 2, Fr. 9, D., *de condict. furtiva*, 13, 1. Cf. Fr. 6, § 4, D., *rerum amotarum*, 25, 2 et L. 3. C., *eodem*, 5, 21. Par contre l'*actio vi raptorum* ne se donne aucunement contre les héritiers. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 351. 352.

[99] § 1, I., *de perpet. et temp. act.*, 4, 12. - Fr. 1. pr. D., *de privatis delictis*, 47, 1. - Fr. 20, D., *de pœnis*, 48, 19. - Fr. 5, § 5. D., *de his qui effuderint*, 9, 3.

[100] § 9, I., *de lege Aquilia*, 4, 3. - § 19, I., *de act.*, 4, 6. - Fr. 23, § 8, D., *ad leg. Aq.*, 9, 2. - Fr. 16, § 2, D., *quod metus causa*, 4, 2, etc. - Il en est de même de l'*actio de dolo*; car le dol participe de la nature du délit. Gaius, IV. 113. - § 1, I., *de perpet. et temp. act.*, 4, 12. - Fr. 17, § 1. D., *de dolo*, 4, 3. « Hæc actio in heredem... datur.... de eo, quod ad eos pervenit. » - Fr. 26, 27. D., *eodem*, - Fr. 18. D., *depositi*, 16, 3. - Fr. 1, § 23. D., *de tutelæ act.*, 27, 3. *Voy.* aussi ci-après, t. II, §§ 286, 367.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 137.

leur égard [2]. Si dans un cas particulier l'*actio in rem* peut être poursuivie à la charge de quelqu'un qui est héritier d'une personne contre laquelle on aurait pu la diriger auparavant, ce n'est pas en sa qualité d'héritier qu'il doit y répondre, mais bien parce que lui-même lèse personnellement le droit auquel son auteur avait aussi porté atteinte.

§ 144. *Du concours de plusieurs actions.*

Il peut se faire qu'une lésion quelconque fasse naître plusieurs actions au profit de la même personne. Ces actions pourront-elles être intentées toutes à la fois, ou bien le demandeur sera-t-il tenu d'opter entre elles, et son choix aura-t-il pour effet d'éteindre les autres actions?

Cette question trouve sa solution dans un principe d'équité qui s'oppose à ce qu'on demande par une nouvelle action ce qu'on a déjà obtenu par une action antérieure. Ce principe doit être appliqué toutes les fois qu'après avoir obtenu une prestation nous intentons une nouvelle action qui tend au même but pratique, quand même elle serait fondée sur un autre motif [3]. Par exemple, si quelqu'un m'a volé une chose que je lui avais prêtée, il est évident que je pourrai intenter deux actions, l'une résultant du vol pour demander la réparation du dommage qui m'a été causé par ce délit, l'autre fondée sur l'obligation de restituer que l'emprunteur a contractée en recevant la chose. Ces actions sont indépendantes l'une de l'autre; celle qui résulte du prêt me compète abstraction faite du vol, et celle qui provient du vol ne suppose point l'existence du prêt. Elles ont donc des bases tout à fait différentes; cependant, il est incontestable que la restitution de la chose, ou le payement des dommages et intérêts que j'obtiens par l'action du prêt, m'indemnise de fait du préjudice que le vol m'a causé. Il est donc équitable de me refuser l'action de ce dernier

[2] Mais il est évident que le dommage qui résulte de la lésion d'un droit réel peut être poursuivi contre les héritiers du défendeur *in quantum locupletiores facti sunt*. *Voy.* ci-dessus, § 137, n° II. A cet effet, le droit romain donnait contre eux une *in factum actio*. Fr. 42. 52. 55, D., *de rei vindicatione*, 6. 1. - Il en est de même des *actiones in rem scriptæ*. Fr. 1, § 17. D., *si quadrupes*, 9, 1. - Fr. 42, § 2. D., *de noxalibus act.*, 9, 4.

[3] Fr. 43, § 1, D., *de reg jur.*, 50, 17. « Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet. » — Il n'est point nécessaire d'invoquer ce principe quand le demandeur poursuit une seconde fois, en se fondant sur le même motif, l'objet dont il avait déjà obtenu la livraison. Car dans ce cas, il ne peut raisonnablement plus être question d'action, puisque la première action a déjà eu pour effet ou d'éteindre le droit du demandeur ou de faire cesser la lésion. Arg. Fr. 2, § 1. D., *de tutelæ act.*, 27, 3. Il n'y a pas non plus concours d'actions, quand le même acte donne naissance à deux droits d'une manière alternative, de telle sorte que l'existence de l'un soit incompatible avec l'existence de l'autre. Fr. 7, D., *de lege commissoria*, 18, 3.

chef [4]. *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur* [5]. — Mais il peut se faire que de deux actions qui tendent en général au même but pratique l'une soit plus avantageuse que l'autre. Pour ce cas, le droit romain établit la règle, que le choix de l'action plus avantageuse anéantit l'autre, tandis que le demandeur qui a commencé par l'action moins avantageuse est encore admis à poursuivre l'autre, mais seulement pour demander la différence [6].

Toutes les fois que le principe énoncé ci-dessus ne peut être invoqué, il est permis d'intenter à la fois toutes les actions qui peuvent naître d'une lésion [7]. C'est ce que les commentateurs appellent * *concursus cumulativus* * en opposition à celui dont nous venons de parler, * *concursus electivus* *. Ainsi un délit peut donner lieu à une *actio rei persecutoria* et à une *actio pœnalis*. L'exécution du jugement intervenu dans la première de ces actions n'a aucune influence sur la peine pécuniaire dont la loi frappe le délit. L'action pénale pourra donc être intentée, quoique le demandeur ait déjà obtenu satisfaction à l'égard de l'*actio rei persecutoria* [8]. Ce raisonnement

[4] Fr. 34, § 1, 2, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 71 (73), pr. D., *de furtis*, 47, 2. « Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti (c'est-à-dire au moyen de la *condictio furtiva*) et commodati potest : et si furti actum est, commodati actio extinguitur ; si commodati, actioni furti exceptio objicitur. » — Des cas analogues se trouvent, Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa*, 4, 2. - Fr. 3, § ult. Fr. 6, § ult. D., *nautæ, caupones*, 4, 9. - Fr. 38, § 1, Fr. 43. 47, D., *pro socio*, 17, 2. - Fr. 35, § 1, D., *locati*, 19, 2. - Fr. 1, § 21. Fr. 2, § 1, D., *de tutelæ act.*, 27, 3. - Fr. 55, § 1, in f. D., *de admin. tut.*, 26, 7. - Fr. 134, § 2, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 9, § 1, D., *de furtis*, 47, 2. - Fr. un. § 3, D., *furti adversus nautas*, 47, 5.

[5] Fr. 57, D., *de regulis juris*, 50, 17. Cf. QUINTILIAN, *inst. orat.*, VII, 6, 4.

[6] Fr. 41, § 1, D., *de obl. et act.*, 44, 7. « Si ex eodem facto duæ competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat : si tantundem, aut minus, id consequatur. » Il est évident que la dernière phrase de ce passage exige une négation; aussi Cujas propose-t-il de remplacer les mots *id consequatur* par *nil consequatur*. On pourrait également lire *non sequatur* ou *non consequatur*. Cette dernière émendation est d'autant plus plausible que les anciens copistes omettent souvent d'écrire deux fois des lettres ou des syllabes qui se répètent dans le même mot ou dans deux mots voisins, omission que l'on doit réparer par la duplication ou *gémination* de la lettre ou de la syllabe supprimée, par exemple DOLUMALUM, NECESSEt au lieu de DOLUM MALUM, NECESSE ESSEt. *Voy.* M. BÉRIAT ST.-PRIX : *Hist. du droit rom.*, p. 238, n° 12, p. 240, n° IV. — La règle que nous donnons dans le texte est encore confirmée par les lois suivantes : Fr. 7, § 1, D., *commodati*, 13, 6. - Fr. 43. 47, pr. D., *pro socio*, 17, 2. - Fr. 28, D., *emti*, 19, 1. - Fr. 2, § 3, D., *de privatis delictis*, 47, 1. - Pour l'explication de quelques passages qui pourraient paraître contraires, *voy.* M. DE SAVIGNY, *Système*, t. V, § 233.

[7] Fr. 18, D., *de obl. et act.*, 44, 7. « Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur : si ex testamento Stichum petierit, non consumit stipulationem, et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit; quia initio ita constiterint hæ duæ obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret. »

[8] Fr. 7, § 1, D., *de cond. furt.*, 13, 1. - Fr. 46. 47, D., *pro socio*, 17, 2. - Fr. 34, § 2, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 54, § 3, D., *de furtis*, 47, 2. *Voy.* encore Fr. 1., *de vi bon. rapt.*, 4, 2. - Fr. 1, § 9. Fr. 15, § 46. Fr. 18. 41, D., *de injuriis*, 47, 10. - Fr. 11, § 2. Fr. 27, pr. Fr. 32, § 1. Fr. 48. 51, § 1, D., *ad leg. Aquil.*, 9, 2. - Fr. 9, pr. Fr. 67, § 2. Fr. 76, § 1, D., *de furtis*, 47, 2. - Exception particulière. Fr. 5, § 1, D., *de calumniatoribus*, 3, 6.

s'applique également au cas où plusieurs lois pénales ont été violées par le même fait; car le payement de la peine due en vertu de l'une de ces lois n'efface point la peine comminée par les autres lois [9].

Observation. Les commentateurs ont créé, par rapport au concours des actions, une classification qui parait plausible au premier abord, mais dont on découvre le vice dès qu'on veut en chercher la base commune. Ils distinguent d'abord le concours subjectif et le concours objectif; ce dernier est alors subdivisé en concours successif, cumulatif et électif. Il y a, d'après eux, concours subjectif, lorsque plusieurs personnes figurent dans un procès du même côté, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs (voy. § 93). Il y a concours objectif toutes les fois que la même personne a plusieurs actions qui ont la même origine, ou qui affectent le même objet, ou en général qui ont un autre rapport quelconque entre elles. Ce concours est appelé successif quand le demandeur doit intenter les actions l'une après l'autre, parce que la première ne sert qu'à préparer les autres [10]. Il est cumulatif, quand le demandeur peut les intenter toutes à la fois, et électif quand le choix de l'une a pour effet d'éteindre les autres.

§ 145. *De la prescription* *. — *Notion et introduction historique.*

Nous avons vu ci-dessus, § 93, qu'un droit ne se perd pas par non-usage. Mais la loi, en nous offrant les moyens de poursuivre et de faire valoir un droit, peut y attacher la condition d'en faire usage dans un délai déterminé. Si, dans un pareil cas, nous voulons recourir à ces moyens après l'expiration du délai, il sera loisible à notre adversaire d'éviter la

[9] Fr. 60, D., *de obl. et act.*, 44, 7. « Nunquam actiones pœnales, de eadem pecunia concurrentes, alia aliam consumit. » (Fr. 130. *de reg. juris*, 50, 17.) — Au reste, la règle que nous donnons n'a pas toujours été généralement reconnue. Modestin se prononce pour l'extinction. Fr. 53, pr. D., *de obl. et act.*, 44, 7. Paul ne veut admettre la seconde action que pour la différence du montant des deux peines, *in id quod amplius est*. Fr. 34, pr. D., *de obl. et act.*, 44, 7; Fr. 88, D., *de furtis*, 47, 2; Fr. 1. 11, D., *arborum furtim cæs.*, 47, 7; Fr. 1, D., *vi bon. rapt.*, 47. 8. Mais Papinien, Ulpien et Hermogénien reconnaissent le principe exposé dans le texte, et qui est également consacré dans le droit de Justinien. Fr. 60, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 2, § 10. 26, D., *vi bon. rapt.*, 47, 8. - Fr. 15, § 46. Fr. 25, D., *de injur.*, 47, 10. - Fr. 6, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5. - § 8, I., *de obl. ex delicto*, 4, I. - § 1, I, *si quadr. paup. fec. dic.*, 4, 9. - L. 20, C., *de furtis*, 6, 2. - L. 9, C., *de accus.*, 9, 2. — *Voy.* M. de Savigny, *Système*, t. V, § 234, G.

[10] Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 1, § 3-6, D., *ad exhib.*, 10, 4. - Fr. 18, D., *de except.*, 44, 1.

* Gaius, IV, 110, sqq. - Tit. I., *de perpetuis et temporalibus actionibus*, 4, 12. - Tit. D., *de diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum*, 44, 3. - Tit. C., *de præscriptione XXX vel XL annorum*, 7, 39. - Tit. C., *de annali exceptione Italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et præscriptionibus et interruptionibus earum*, 7, 40

poursuite en se fondant sur ce que nous ne sommes plus dans le délai fixé par la loi. Il en résultera que nous serons déclarés non recevables dans notre action, ou, comme on dit ordinairement, que notre action sera prescrite.

L'ancien droit romain ne connaissait point la prescription. On pouvait faire valoir ses droits quand on voulait. Mais quand le préteur créait une action nouvelle, il avait l'habitude de fixer un délai endéans lequel on pouvait profiter de cette faveur. Passé ce délai, qui était ordinairement d'un an, *annus utilis* [11], le défendeur était en droit d'opposer au demandeur une fin de non-recevoir, qu'on appelait *exceptio* ou *præscriptio temporalis*, parce qu'elle était fondée sur ce que le demandeur avait laissé passer le temps fixé par l'édit.

Sous les empereurs, le même principe fut, dans les provinces, appliqué aux actions réelles qui se rapportent aux immeubles [12]. Il fallait les intenter dans un délai déterminé, qui était de dix ans quand les deux parties habitaient la même province, *inter præsentes*, et de vingt ans quand le défendeur habitait une autre province, *inter absentes*. Ce délai, plus long que les délais ordinaires de l'édit, fut appelé *longum tempus* [13].

Enfin, Théodose II statua que le plus long délai dans lequel on pourrait intenter une action quelconque serait de trente ans, *longissimum tempus* [14]. Par cette disposition, la prescription était devenue la règle, et toutes les actions étaient *temporales*. Cependant on conservait l'ancienne terminologie, et l'on continuait d'appeler *actiones perpetuæ* celles qui avaient porté ce nom autrefois et qui depuis Théodose s'éteignaient par le laps de trente ans [15]. Le nom de *temporales actiones* restait aux actions qui se prescrivaient après un délai moins long.

[11] Gaius, IV, 110. - Pr. I., *de perpetuis et temporalibus act.*, 4, 12. Dans ce dernier passage et dans Théophile, *ad h. l.*, on donne comme motif de ce délai, que *et ipsius prætoris intra annum erat imperium*. *Voy.* Schrader, *ad h. l.*, page 702.

[12] Il n'en était pas de même des *actiones in personam*. Papinien, *Vatic. fragm.*, 7. « Quominus possessio rei venditæ tradatur emti judicio, decem annorum præscriptione non impeditur. »

[13] Javolenus, Fr. 21, D., *de usurpationibus*, 41, 3. - Paul, Fr. 76, § 1, D., *de contr. emt.*, 18, 1. - Le même, *Sentent. recept.*, V, 2, 3. 4. 5. - *Voy.* pour les détails ci-après § 197.

[14] L. un. Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis*, 4, 14. (L. 3, J. C., *de præscr. XXX annorum*, 7, 39.) « Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur, sed si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione, vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum præscriptio metuenda : eodem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare... § 1. Quæ ergo ante non motæ sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure cœperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem... § 3. Hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quæ *perpetuæ* videbantur, non illæ, quæ antiquitus temporibus limitantur. » (424).

[15] Pr. I., *de perpetuis et temporalibus actionibus*, 4, 12.

Sauf quelques légères modifications [16], la chose en demeura là, et dans le droit nouveau la règle générale est que tout droit d'action doit être exercé endéans un certain temps déterminé par la loi. Ce temps passé le défendeur peut repousser le demandeur au moyen d'une exception appelée *exceptio* ou *præscriptio temporalis* [17].

Relativement à la terminologie, il est à remarquer que les mots *exceptio* et *præscriptio* sont au fond synonymes. Cependant, par des raisons de forme que nous expliquerons § 147, le moyen du défendeur dont nous venons de parler est plus souvent appelé *præscriptio* que *exceptio*. C'est par ce motif que dans le langage moderne *præscriptio* est devenu le terme technique pour désigner l'institution dont nous traitons.

Observation. Il ne faut pas confondre la prescription de l'action avec une institution particulière du droit romain qui ressemble sous quelques rapports à la péremption du droit français. Nous avons vu ci-dessus, § 132, note 96, que les procès dans les *judicia legitima* devaient être terminés dans le délai de dix-huit mois, et que la procédure dans les *judicia quæ imperio continentur* ne pouvait excéder l'année de la magistrature dans laquelle ils avaient été intentés [18]. Ces dispositions cessèrent d'être applicables lorsque l'ancien *ordo judiciorum* eut disparu. — Des constitutions impériales depuis Constantin statuent, il est vrai, que les procès ne doivent pas excéder un certain laps de temps; mais ces ordonnances ne sont que des instructions pour les juges et n'influent point sur les droits des parties [19].

§ 146. *Conditions requises pour la prescription.*

La prescription fait perdre le droit d'action à celui qui a négligé de le faire valoir dans le délai voulu par la loi. Cette perte peut avoir pour effet de procurer un avantage à celui contre qui l'action aurait dû être dirigée; mais cet avantage possible n'est qu'un effet accidentel. Ce qui constitue le caractère essentiel de la prescription, c'est la perte du droit d'action

[16] *Nov. Valentin.*, Tit. VIII, XII, XXVII. - L. 4. 5. 6. 7. J. C., *de præscr. XXX ann.*, 7, 39. - L. 6, C., *finium regund.*, 3, 39. - L. 1, § 1, C., *de annali præscr.*, 7, 40.

[17] Exceptionnellement sont déclarées imprescriptibles : l'action par laquelle nous réclamons notre condition d'homme libre (L. 3, C., *de longi temporis præscriptione quæ pro libertate et non contra libertatem opponetur*, 7, 22, et ci-après, l. III, § 416) et l'action par laquelle le seigneur réclame son colon (L. 23, pr. C., *de agricolis et colonis*, 11, 47).

[18] Gaius, IV, 104, 105 et ci-dessus § 133.

[19] L. un. Th. C., *de dolo malo*, 2, 15. - L. 8, J. C., *eod.*, 2, 21. - L. 2, pr. § 1, 3, Th. C., *de integri restit.*, 2, 16. - L. 3, pr. 7, J. C., *de temp. in int. rest.*, 2, 53. - L. 4, 13, Th. C., *de jure fisci*, 10, 1. - L. ult. J. C., *eod.*, 10, 1. - L. 1, 6, Th. C., *de naufragiis*, 13, 9. - L. 2, 5, 6, J. C., *eod.*, 11. 5. - L. 13, § 1, C., *de judiciis*, 3, 1. « Censemus itaque omnes lites... non ultra *triennii* metas post litem contestatam esse protrahendas, sed omnes judices... : non esse eis concedendum ulterius lites quam triennii spatio extendere. »

qu'éprouve le demandeur. Aussi toutes les conditions requises pour la prescription se rapportent à la personne de ce dernier. Ces conditions sont :

1° *Actio nata.* Il est évident qu'il ne peut être question de prescription avant que l'action qui doit se prescrire ait pris naissance [20]. Il importe donc de constater avec précision le moment auquel une action commence à exister. A cet effet, nous n'avons qu'à appliquer les notions générales que nous avons données au § 136. L'action suppose comme éléments essentiels, d'abord l'existence d'un droit, ensuite une lésion de ce droit. Dès le moment où ces deux conditions se trouvent réunies, la prescription commence à courir. Cela a lieu dans les *actiones in rem* toutes les fois que quelqu'un nous empêche d'exercer notre droit. Cette résistance à l'exercice de notre droit nous donne l'action, et en même temps la personne contre laquelle nous devons l'intenter [21]. Dans les *actiones in personam* notre droit d'action est né dès que nous pouvons exiger l'exécution de l'obligation [22]; avant ce moment, on ne peut dire que le débiteur, en ne payant pas, lèse notre droit d'obligation. Il en résulte que, par rapport à une obligation à terme, la prescription ne commence à courir que quand le terme est arrivé. De même, quand l'obligation dépend d'une condition, il ne peut s'agir de prescription avant que la condition soit accomplie, puisque avant ce moment le droit même n'existe pas encore [23].

2° Laps de temps. Le délai ordinaire est de trente ans. Mais cette règle est soumise à de nombreuses exceptions. D'abord pour les *actiones temporales*, il y a des délais moins longs, que nous indiquerons quand nous traiterons de chaque action en particulier. Ici, il suffit de faire observer que la plupart des actions prétoriennes ne durent qu'une année utile [24]. En-

[20] L. 1, § 1, C., *de annali except.*, 7, 40. « Ex quo ab initio competit et semel nata est. » - *Voy.* encore L un. § 1, Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis*, 4, 14. (L. 3, pr. J. C., *de præscr. XXX vel XL ann.*, 7, 39). - L. 7, § 4, J. C., *eod.*, 7, 39. - L. 30, in f. C., *de jure dotium*, 5, 12. - L. 4, in f. C., *de bonis quæ liberis*, 6, 61.

[21] *Voy.* les détails ci-après, § 204, et §§ 222, 223.

[22] Fr. 1, § 22. Fr. 13, § 1, D., *depositi*, 16, 3. - Cf. Fr. 9, § 3. 5, D., *de pignor. act.*, 13, 7 et Fr. 2. § 1, 2. Fr. 8, § 2, 7, D., *de precario*, 43, 26. - *Voy.* les développements ci-après t. II, §§ 256-264, ainsi que § 360 vers la fin.

[23] L. 3, 7, § 4, C., *de præscr. XXX vel XL. annorum* 7, 39. - L. 1, § 1, C., *de annali exceptione*, 7, 40.

[24] Gaius, IV, 110 et suiv. - Pr. I., *de perpet. et tempor. act.*, 4, 12. Remarquons cependant la disposition du Fr. 35, pr. D., *de obligat. et actionibus*, 44, 7. « In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quæ *rei persecutionem* habeant, hæ etiam *post annum* darentur, ceteræ intra annum. » *Voy.* aussi Fr. 3, § 4, D., *nautæ, caupones*, 4, 9. - Fr. 21, § 5, D., *rerum amotarum*, 25, 2 et ci-après §§ 175, 176. — Les actions édilitiennes sont soumises à des prescriptions encore plus courtes. *Voy.* ci-après, t. II, § 296. — La *querela inofficiosi testamenti* se prescrit par le laps de cinq ans. L. 36, § 2. C., *de inoff. test.*, 3, 28, et ci-après t. III, § 472. — L'état d'une personne décédée ne peut être contesté plus de cinq ans après le decès. Tit. D., 40, 15; C., 7, 21. — Enfin divers délais de moins de trente ans se trouvent

suite des constitutions impériales assignent une durée plus longue à certaines actions. L'action hypothécaire, quand elle est dirigée contre le débiteur ou ses héritiers, ne se prescrit que par quarante ans [25]. Le même délai est fixé pour les actions du prince à l'égard de ses biens propres, *fundi patrimoniales* [26], et pour les actions de l'Église et des *piæ causæ* [27]. Enfin, un délai de cinquante ans est accordé pour répéter ce qui a été payé en acquit d'une dette de jeu [28]. — Au reste, il est à remarquer que pour le calcul des délais on suit la *computatio naturalis*, c'est-à-dire que la prescription n'est accomplie, *nisi novissimus dies completus sit* [29].

3° Continuité. Il ne suffit pas que le temps fixé par la loi se soit écoulé depuis que l'action a pris naissance; il faut en outre que la prescription pendant ce temps n'ait point été interrompue [30]. Elle est interrompue, *a*) si la lésion qui a donné naissance à l'action vient à cesser. Cette interruption, qu'on appelle ordinairement naturelle, a lieu dans les actions qui tendent à la poursuite d'une chose, toutes les fois que le défendeur a été dépossédé de la chose, ne fût-ce qu'un instant; car dès ce moment il cesse de léser notre droit. Il se peut, à la vérité, que la personne qui l'a dépossédé se rende à son tour coupable de lésion à notre égard; mais ce fait donnera lieu à une action nouvelle, et partant à une nouvelle prescription [31]. Dans toutes les actions, la lésion est considérée comme ayant cessé, si le défendeur reconnaît le droit du demandeur, soit expressément, soit implicitement [32]. Sous ce rapport, il est à remarquer que le payement des intérêts

mentionnés dans les Fr. 13, pr. D., *de diversis temporal. præscript.*, 44, 3. - Fr. 1, § 3, D., *de jure fisci*, 49, 14. - L. 2, C., *de vectigal. et commissis*, 4, 61. - L. 1, C., *de quadriennii præscr.*, 7, 37.

25 L. un. Th. C., *de action. cert. temp. fin.*, 4, 14. - L. 3, 4, 7, pr. J. C., *de præscr. XXX vel XL annor.*, 7, 39. - *Voy.* ci-après, § 252.

26 L. 14, C., *de fundis patrimonialibus*, 11, 61.

27 *Nov.* 111, 131, c. 6. — Antérieurement, Justinien avait fixé un délai de 100 ans pour les actions de l'Église et des villes, par la L. 23, C., *de SS. Ecclesiis*, 1, 2, et avait même donné un effet rétroactif à cette disposition. Procope et Suidas racontent que cette mesure législative avait été prise pour mettre l'église d'Émèse à même de prendre possession d'une grande quantité de biens qu'elle réclamait en vertu de titres forgés par un faussaire. *Voy.* Gibbon, *Hist. de la décadence de l'emp. rom.*, chap. 44. n° 23. — Quoi qu'il en soit, ce privilége exorbitant fut étendu aux églises de l'Occident par la *Nov.* 9, mais il fut révoqué par la suite. *Voy.* les *Nov.* 111 et 131, c. 6, qui fixent un délai de quarante ans pour les actions des églises.

28 L. 3, C., *de aleatoribus*, et ci-après 1. 11, § 348.

29 Fr. 6, D., *de obl. et act.*, 44, 7. « In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. »

30 L. un. Th. C., *citée*. (L. 3, J. C., *citée*.) « *Jugi* silentio. » — L. 4, 7, pr. § 5, C., *de præscr. XXX annorum*, 7, 39. - L. 2, C., *de annali except.*, 7, 40.

31 L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annor.*, 7, 39. — Il n'en est point de même lorsque le nouveau possesseur est le successeur du premier, c'est-à-dire qu'il a obtenu la possession avec le consentement de celui-ci, qui la lui a transmise. Dans ce cas, en effet, la possession du second n'est autre chose que la continuation de la lésion occasionnée par son auteur, ou, comme on dit habituellement, il y a *accessio possessionis*. - Fr. 6, § 1. Fr. 14-15, § 1-6, D., *de div. temp. præscr.*, 44, 3. - Fr. 14, 6, C., *de fundis patrimon.*, 11, 61. - *Voy.* aussi ci-après, § 199, n° v.

32 L. 19, C., *de fide instrumentorum*, 4, 21. - L. 7, § 5, L. 8, § 4, C., *de præscr. XXX vel*

vaut reconnaissance de la dette principale [33]; *b*) si le demandeur intente l'action à l'égard de laquelle la prescription a commencé [34]. Cette interruption, appelée civile, a également pour effet de faire cesser la prescription commencée. En effet, si le procès est mené à fin par jugement, ce jugement doit être exécuté. Mais si l'instance est interrompue, une nouvelle prescription commence à courir à partir du dernier acte de procédure, et elle n'est accomplie que par le laps de quarante ans. Anciennement, l'effet d'interrompre la prescription n'était attribué à l'action qu'après la *litis contestatio*, ce qui faisait dire que *litis contestatione actiones temporales perpetuantur* [35]. Dans le droit nouveau, la simple assignation suffit pour interrompre la prescription [36]. Si l'assignation ne peut être donnée à cause de l'absence du défendeur, le demandeur peut obtenir le même effet en s'adressant par écrit à l'autorité civile ou cléricale, ou en protestant devant notaire ou devant trois témoins [37].

§ 147. *Des causes qui empêchent la prescription ou en suspendent le cours.*

On dit ordinairement que *contra agere non valentem non currit præscriptio*. Mais, comme le sens des mots *agere non valens* est très-élastique, cette règle ne laisse pas que d'être dangereuse dans l'application. Nous allons la préciser, en énumérant les causes qui empêchent la prescription de courir ou en suspendent le cours.

La loi accorde d'abord des priviléges à certaines personnes. La prescription ne court point contre les pupilles, même quand ils ont un tuteur [38]. Quant aux mineurs, ils ont le même privilége à l'égard des *actiones temporales*; mais pour les *actiones perpetuæ* la prescription court contre

XL ann., 7, 39. - L. 5, C., *de duobus reis*, 8, 40. - *Voy.* aussi Fr. 18, § 1, D., *de pecunia constituta*, 13, 5.

[33] L. 8, § 4, C., *de præscr. XXX ann.*, 7, 39. « ... Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usuræ promissæ sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit. »

[34] Fr. 9, § 3, D., *de jurejurando*, 12, 2. - Fr. 8 in f. D., *de fidejussor. et nominatoribus*, 27, 7. - Fr. 24 pr. D., *de liberali causa*, 40, 12. - Fr. 29, D., *de novat.*, 46, 2. - Fr. 139 pr. D., *de reg. juris*, 50, 17. - L. 10, C., *de præscr. longi temporis*, 7, 33.

[35] *Voy.* les textes cités à la note précédente et Fr. 1, § 2, D., *de feriis*, 2, 12. - Fr. 28, § 4, D., *de judiciis*, 5, 1. - Théodose II restreignit le délai à courir depuis l'interruption à 30 ans. Justinien le porta à 40. L. un. Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis*, 4, 14. - L. 9, J. C., *de præscr. XXX vel XL annorum*, 7, 39.

[36] L. 3. 7, pr. § 5, C., *de præscr. XXX vel XL annor.*, 7, 3. - L. 1, § 1, C., *de annali exc.*, 7, 40. - La L. 3, C., *eodem*, attribue cet effet à toute assignation qui a rapport au droit litigieux, alors même que ce droit n'y est pas spécialement indiqué.

[37] L. 2, 3, C., *de annali exceptione*, 7, 40. - Cf. L. 5, C., *de duobus reis*, 8, 40.

[38] L. un. § 2, Th. C., *de act. cert. temp. fin.*, 4, 14. (L. 3, J. C., *de præscr. XXX ann.*, 7, 39.) - L. 7, pr. § 1, J. C., *eodem*. - *Nov.* 22, c. 24.

eux [39]. Si une action imprescriptible pour l'impubère ou le mineur passe à ceux-ci d'un autre individu, contre lequel la prescription avait déjà commencé à courir, le cours en est suspendu pour le temps que dure l'imprescriptibilité. Ce temps passé, elle recommence à courir, et l'on fait entrer en compte le temps qu'elle avait couru avant de passer aux personnes privilégiées.

D'autres obstacles à la prescription proviennent de la nature de l'*objet* auquel l'action se rapporte. Ainsi la prescription ne court pas, 1° contre la femme mariée à l'égard des biens dotaux pendant la durée du mariage, par le motif que le mari est propriétaire de ces biens durant ce temps [40]; 2° contre le fils de famille à l'égard des biens qui lui appartiennent, mais dont l'administration et l'usufruit sont accordés au père, *peculium adventitium* [41]; 3° contre les créanciers d'une succession durant la confection de l'inventaire et le délai de délibération, parce que pendant ce temps il n'y a personne contre qui ils puissent agir [42]; 4° contre les créanciers d'un débiteur qui a obtenu un sursis, pendant la durée du sursis [43]; 5° enfin quand des matériaux à nous appartenant se trouvent employés dans la construction d'autrui, la prescription contre la revendication de ces matériaux ne commence à courir que du moment où ils ont cessé de faire partie du bâtiment [44].

§ 148. *Effet de la prescription.*

La prescription a pour effet d'éteindre le droit d'action contre lequel elle a été accomplie. Si le demandeur exerce sa poursuite après le délai fixé par la loi, le défendeur lui opposera la *præscriptio temporalis*, et le fera déclarer non recevable dans son action. Mais il est à remarquer que cette conséquence n'a pas lieu de plein droit : il faut que le défendeur ait fait valoir l'exception. Le juge ne peut point l'appliquer d'office.

C'est une question fort controversée, que celle de savoir si la prescription, en éteignant l'action, éteint également le droit auquel l'action se rapporte. — Le développement historique de l'institution est évidemment contraire à cette opinion. Il est certain, en effet, qu'à l'époque où toutes les actions étaient *perpetuæ* aucun droit ne s'éteignait par l'expiration d'un délai quelconque. La prescription du droit prétorien ne changea rien

[39] L. 5, C., *in quibus causis in int. rest. necessaria non est*, 2, 41. - Pour l'ancien droit, voy. L. 3, C., *quibus non objicitur l. t. præscr.*, 7, 35.

[40] L. 30, C., *de jure dotium*, 5, 12.

[41] L. 1, § 2, C., *de annali exceptione*, 7, 40.

[42] L. 22, § 11, C., *de jure deliberandi*, 6, 30.

[43] L. 8 in f. C., *qui bonis cedere possunt*, 7, 71, et ci-après, t. II, § 382, vers la fin.

[44] C'est, en effet, dans ce moment seulement que naît l'action en répétition de ces matériaux. § 29, I., *de rerum divisione*, 2, 1. - Fr. 7, § 10, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1. — *Voy.* ci-après, § 188.

à cet état, car elle n'avait évidemment d'autre effet que d'enlever à un rapport juridique, qui par l'édit avait été élevé à la puissance d'une institution du *jus civile*, ce caractère plus élevé et de le faire descendre à l'état où il s'était trouvé auparavant : elle n'affectait et ne pouvait affecter que l'élément civil, l'action [45]. Or, les constitutions impériales de Théodose II et de ses successeurs n'ont fait autre chose que d'étendre à tous les droits munis d'une action le principe qui n'était originairement créé que pour les droits protégés par une action prétorienne [46]. Ce qui était vrai pour ces derniers, doit donc l'être, dans la législation de Justinien, pour tous les droits. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait des dispositions légales assez précises pour ne laisser aucun doute sur l'intention du législateur de modifier ainsi radicalement la nature d'une institution consacrée par plusieurs siècles. Or, c'est en vain que nous cherchons un texte décisif à cet égard. Il est vrai que quelques passages de nos sources semblent dire, d'une manière générale, que la prescription met fin au droit [47]. Mais ces propositions vagues, qui ne se rapportent pas même directement à notre question, ne sauraient être considérées comme constituant des règles certaines que pour autant qu'elles se trouvent d'accord avec les décisions spéciales dans lesquelles le législateur fait application du principe. Or, sous ce rapport, l'ensemble de la législation est évidemment favorable à l'opinion d'après laquelle la prescription, tout en anéantissant l'action à laquelle elle est opposée, laisse subsister le droit qui a servi de base à l'action.

D'abord, il est une classe de droits que les partisans de l'opinion contraire même représentent comme faisant exception à leur règle : c'est celle des droits personnels, que tout le monde considère comme imprescriptibles. Des décisions formelles et bien explicites décident la question dans le même sens pour les droits réels, au moins pour le droit de propriété [48].

[45] La vérité de cet argument est surtout frappante quand on l'applique à la matière des obligations, dans laquelle le droit de Justinien admet encore des rapports purement *juris gentium* et dépourvus de la sanction que le *jus civile* accorde au moyen des actions. *Voy.* ci-après, t. II, § 379.

[46] Cela résulte de l'ensemble des lois de Théodose II et de ses successeurs, et n'est nullement contredit par les mots de la L. 4, C., *de præscr. XXX vel XL ann.*, 7, 39. « ... Nullumque *jus*... quod prædictorum XL annorum *extinctum est* jugi silentio, moveatur; » car le contexte indique clairement que *jus* est ici *jus actionis, actio,* ce qui est surabondamment confirmé par le mot *moveatur*, qui ne saurait guère se rapporter qu'à l'idée de l'*action*.

[47] Les passages du Digeste qui rentrent dans cette catégorie se rapportent tous aux droits d'obligations et seront expliqués ci-après, t. II, § 379. Les paroles de la L. 4, C., *de præscript. XXX* « Nullumque jus, etc. » ont déjà trouvé leur explication dans la note précédente.

[48] La L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annorum*, 7, 39, est on ne peut plus décisive pour le droit de propriété, comme nous le démontrerons ci-après, § 209. Le principe qu'elle consacre doit, par analogie, s'appliquer aux autres droits réels. Il est vrai que la loi romaine admet une exception à l'égard des servitudes; mais nous verrons ci-après que cette exception constitue une véritable anomalie dans l'économie de la législation romaine. Ci-après, § 231.

Enfin, bien que la question soit vivement controversée à l'égard des droits d'obligations, nous estimons que dans cette matière également le principe énoncé a été maintenu, nous réservant d'en fournir ultérieurement les preuves [49].

Observation. Nous n'avons parlé, dans les paragraphes qui précèdent, que de la *præscriptio temporalis* qui a pour but et pour effet d'éteindre les droits d'actions. Nous verrons ci-après, au titre de la propriété, que certaines règles de cette *præscriptio*, particulièrement en ce qui concerne les délais des *longi temporis* et *longissimi temporis præscriptiones*, ont été appliquées à une institution ancienne du droit romain, qui dans l'origine portait le nom d'*usucapio*. Cette institution reposait sur le principe que celui qui pendant un certain laps de temps avait exercé loyalement et au vu de tout le monde les pouvoirs contenus dans le droit de propriété, devait, par suite du tacite consentement de ses concitoyens, être considéré comme ayant réellement la propriété d'après le droit des Quirites. L'usucapion était donc un moyen d'acquérir, et elle différait sous ce rapport essentiellement de la *præscriptio temporalis*, qui n'était qu'un mode d'extinction. Toutefois, dans la plupart des cas une personne n'acquiert que parce qu'une autre personne perd, et c'est cette coïncidence d'effets qui a permis au législateur d'appliquer au moyen d'acquérir une partie des règles qui, dans le principe, n'existaient que pour le mode d'extinction. Malgré cette assimilation, il existe toujours des différences essentielles entre la prescription des actions et la nouvelle institution que Justinien a créée par la fusion de l'ancienne *usucapion* et de la *præscriptio longi et longissimi temporis* [50]. Nous aurons soin de les indiquer au titre de la propriété. Ici nous nous bornerons à dire qu'on a l'habitude d'appeler extinctive la prescription dont nous venons de parler, et de lui opposer l'usucapion modifiée sous le nom de prescription acquisitive, termes qui s'expliquent assez par l'effet respectif des deux institutions.

III. — Actes du défendeur. — Exceptiones *.

NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 149.

En intentant son action, le demandeur soutient avoir un droit sur lequel il fonde sa demande. A moins de se soumettre à la condamnation, le défendeur doit contester ce droit.

[49] *Voy.* ci-après, t. II, § 379.
[50] *Voy.* ci-après, §§ 196-202. 209. 251.
* Gaius, IV, 115-125. — Tit. I., *de exceptionibus*, 4, 13; *de replicationibus*, 4, 14. — Tit.

Cette contestation ou *defensio* peut se faire de trois manières : 1° Le défendeur nie le fait sur lequel le demandeur fonde son droit. C'est ce que nous pourrions appeler une *litis contestatio negativa* *. 2° Sans nier les faits qui ont donné naissance au droit litigieux, le défendeur allègue d'autres faits qui auraient détruit ce droit, par exemple en soutenant qu'il a payé la dette dont on lui demande le remboursement. 3° Enfin, sans discuter le fait originaire, ni l'existence actuelle du droit [1], le défendeur oppose, de son côté, un droit qui aura pour effet de paralyser l'action du demandeur. Le dernier moyen s'appelait *exceptio*. On se servait cependant aussi du mot *præscriptio* quand le moyen se trouvait, pour des raisons que nous expliquerons ci-après, placé en tête de la formule.

Le terme *exceptio* s'explique aisément dans la procédure formulaire. Quand les deux parties avaient exposé au préteur leurs moyens respectifs, ce dernier donnait au demandeur la formule par laquelle il ordonnait au juge de condamner le défendeur, si l'*intentio* du demandeur se trouvait vraie, excepté toutefois le cas où le défendeur réussirait à prouver la vérité des allégations à l'aide desquelles il cherchait à paralyser l'action de la partie adverse [2]. La *condemnatio* était la règle; mais le juge était tenu d'y faire *exception*, si le fait avancé par le défendeur était constant [3]. Ainsi, lorsque le défendeur soutenait que la question agitée dans le procès avait déjà été décidée par un jugement antérieur, le préteur ordonnait au juge de ne condamner que *si ea res judicata non esset* [4]. C'est ce qui fait dire à

D., *de exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis*, 44, 1. — Tit. C., *de exceptionibus sive præscriptionibus*, 8, 36.

[1] Remarquons que le silence du défendeur, à l'égard de l'existence actuelle du droit litigieux, n'implique point de sa part reconnaissance du fondement de la demande, bien que pareille reconnaissance puisse, dans un cas donné, résulter de l'ensemble du fait. Fr. 9. D., *de exceptionibus*, 44, 1. « Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur. » Cf. L. 9. C., *eodem*, 8, 36.

[2] Gaius, IV, 119 (ci-après, note 5). — Ulpien. Fr. 2, pr. D., *de exceptionibus*, 44, 1. « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ interponi actioni cujusque rei solet ad eludendum (*inter*cludendum, *ex*cludendum) id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. » - Fr. 22, pr. D., *eodem*. « Exceptio est conditio, quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. » - Fr. 17, D., *de evictionibus*, 21, 2. « ... intentione per exceptionem elisa... »

[3] L'*exceptio* était-elle ajoutée à l'*intentio*, ou bien faisait-elle partie de la *condemnatio?* La première hypothèse nous paraît, en thèse générale, plus probable, d'abord parce que ce mode de procéder est plus rigoureusement logique, ensuite parce que, dans l'hypothèse contraire, la clause *nisi restituat*, *nisi exhibeat* (ci-dessus, § 132), n'aurait guère différé d'une *exceptio*. Mais il va sans dire qu'il en était autrement lorsque le moyen proposé se rapportait, non pas à l'action même, mais à l'exécution du jugement à intervenir, comme lorsque le défendeur ne devait être condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés, *in quantum facere potest*. Dans ce cas et d'autres analogues, l'*exceptio* devait naturellement se trouver dans la *condemnatio*. Cette distinction est confirmée par les textes cités à la note précédente.

[4] D'autres exemples : Si *in ea re* NIHIL *dolo malo A. Agerii factum sit* - SI NON *convenisset, ne A. Agerius eam pecuniam peteret* - SI *in ea re* NIHIL *metus causa factum sit*. — La rédaction

Gaïus, que l'exception rend la condamnation conditionnelle; en d'autres termes, quand même le demandeur prouverait son *intentio*, il n'obtiendra la *condemnatio* que si l'exception du défendeur n'est pas fondée [5]. On comprend que les exceptions fournissaient au préteur un moyen puissant d'éluder les rigueurs du *jus civile*, en faisant triompher l'équité, et de protéger ainsi la bonne foi contre la chicane et les manœuvres frauduleuses. Aussi Gaïus et Justinien disent que les exceptions ont été inventées pour la protection des défendeurs, parce qu'il arrive souvent qu'une action est juste en thèse générale, c'est-à-dire conforme aux lois, mais que dans l'espèce elle est contraire à l'équité [6]. Dans d'autres passages, nous lisons même que toute exception peut être considérée comme un *exceptio doli* [7]. Toutefois ce serait une erreur que d'envisager les exceptions uniquement à ce point de vue. Car il y a des exceptions qui, dans un cas donné, peuvent servir à protéger la mauvaise foi la plus immorale, par exemple l'*exceptio temporalis* opposée à une action en payement d'une somme d'argent que le défendeur doit réellement [8]. Ce serait également se tromper que de croire que toutes les exceptions dérivent de l'édit prétorien; des lois, des sénatus-consultes et des constitutions impériales en ont créé un grand

porte aussi NISI, EXTRA QUAM, PRÆTER QUAM. CIC. *rhetor.*, II, 20. - Fr. 1, § 16. D., *de fluminibus*, 43, 12.

[5] GAIUS, IV, 119. « Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quam affirmat is, cum quo agitur : nam si, verbi gratia, reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur : *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit, neque fiat...* Et denique in ceteris similiter concipi solet : ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut *conditionalem* faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit... » - Fr. 22, pr. D., *h. t.*, ci-dessus, note 2.

[6] Pr. I., *de exceptionibus*, 4, 13. « Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut, licet *ipsa* persecutio, qua actor experitur, *justa* sit, tamen *iniqua* sit *adversus eum cum quo agitur.* » *Voy.* aussi le § I, *eod.* - GAIUS, IV, 116. « Comparatæ sunt autem exceptiones defendendorum reorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari : veluti si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim. Nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oporteret, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere... »

[7] Fr. 2, § 5, D., *de doli except.*, 44, 4. « Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem : quia dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. - Cf. Fr. 36, D., *de verb. obl.*, 45, 1. « Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest : quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est, etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet : cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipse dolo facit quod petit. »

[8] Il en est de même de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* (ci-après, t. II, § 330) et d'une infinité d'autres exceptions.

nombre qui peuvent être opposées même à une action prétorienne [9].

On appelait *præscriptiones* les réserves et moyens qui, au lieu de venir à la suite de l'*intentio*, la précédaient dans la formule, *præ-scribere* [10]. Elles pouvaient être faites, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, dans l'intérêt de l'une et de l'autre des deux parties [11]. Le demandeur pouvait avoir intérêt à faire une *præscriptio* soit pour exprimer des réserves et protestations contre les conséquences préjudiciables qu'on aurait pu tirer de l'action intentée [12], soit pour déterminer avec précision les faits sur lesquels il prétendait fonder sa demande, auquel cas la *præscriptio* était comme une espèce de *demonstratio* [13]. Le défendeur, de son côté, faisait insérer une *præscriptio* quand il avait à opposer un moyen de défense qui, s'il était reconnu fondé, devait avoir pour effet de faire débouter l'adversaire de sa demande sans qu'il fût besoin d'en discuter le fond. On comprend, en effet, que l'examen d'un pareil moyen devait précéder l'examen du fond, et que dès lors le préteur l'indiquait dans la formule avant de donner ordre au juge de rechercher le fondement de l'*intentio*. Parmi ces *præscriptiones* du défendeur figurent en première ligne les *præjudicia*, ayant pour but d'empêcher que le demandeur, en soulevant actuellement une contestation, ne surprenne un jugement qui décide implicitement une question plus grave [14]. Quand pareille chose était à craindre, la *præscriptio*

[9] Gaius, IV, 118. « Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat : quæ omnes vel ex *legibus* vel ex *his, quæ legis vicem obtinent*, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt. » – § 7, I., *de except.*, 4, 13. – Fr. 3, D., *de except.*, 44, 1. – Nous nous bornons à citer l'*exceptio dominii* opposée à l'action publicienne (ci-après, § 208) et l'*exceptio Sc. Vellejani* opposée à une action hypothécaire ou quasi servienne. Fr. 8, pr. Fr. 29, pr. D., *ad Sc. Vellejanum*, 16, 1.

[10] Gaius, IV, 130-137.

[11] *Voy.* ci-dessus § 131, notes 72 et suivantes.

[12] L'exemple le plus frappant nous est fourni par Gaius, IV, 131. Quelqu'un me doit une somme d'argent, remboursable en quatre payements annuels. A la première échéance, je ne puis exiger qu'un quart; mais pour décider la contestation, le juge doit nécessairement examiner mon droit tout entier, qui se trouve ainsi *in judicium deductum*, ce qui en amène la novation, laquelle a pour effet de l'éteindre et de le remplacer par le jugement, qui pourtant ne portera que sur un quart (*voy.* ci-dessus, § 141, notes 78 sqq., et ci-après, § 161). Pour éviter cela, « necesse est, ut cum hac præscriptione agamus : EA RES AGATUR, CUJUS REI DIES FUIT; alioquin, si sine hac præscriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cujus intentio his verbis concepta est : QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram in hoc judicium deducimus. ... Item si, verbi gratia, *ex empto* agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita præscribere : EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO : ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda ea [... iterum agere] possimus. [Sed] totius illius juris obligatio illa intenta actione, QUIDQUID OB EAM REM N^m N^m A^o A^o DARE FACERE OPORTEBAT, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. » Cf. Cic., *de oratore*, I, 37.

[13] Comme dans les *præscriptis verbis actiones*. Ci-dessus. § 139, note 34 et ci-après, t. II, § 325.

[14] Fr. 54, D., *de judiciis*, 5, 1 « Per minorem causam majori cognitioni præjudicium ferri

ordonnait au juge de ne s'occuper du procès actuel que pour autant que la décision à intervenir ne préjugeât point la question plus importante qui pourrait être agitée plus tard : de là le nom de *præjudicium* [15]. D'autres *præscriptiones* avaient pour but de faire déclarer le demandeur non recevable, par les motifs que le tribunal devant lequel il avait attrait le défendeur était incompétent, que la contestation soulevée avait déjà été définitivement décidée par un jugement antérieur, que le temps fixé par la loi pour intenter l'action était écoulé [16]. Dans tous ces cas, en effet, si l'objection du défendeur est vraie, le juge devra, en règle générale, déclarer le demandeur non recevable, sans avoir besoin d'examiner la question de savoir si sa demande est fondée, cette question devenant entièrement oiseuse [17].

Ce n'était donc pas sans raison que ces moyens occupaient dans la formule la place qui leur a valu le nom de *præscriptiones*. Cependant Gaïus nous apprend que de son temps les *præscriptiones* n'étaient plus en usage qu'en faveur du demandeur, et que les moyens employés sous ce nom par le défendeur étaient assimilés aux exceptions, c'est-à-dire placés après l'*intentio* [18]. Ce changement a pu se faire d'autant plus facilement qu'au fond

non oportet : major enim quæstio minorem causam ad se trahit. » GAIUS, IV, 133 ... Esset enim iniquum, per unius [rei petitionem...] - Fr. 21, D., *de except.*, 44, 1. « Rei majoris pecuniæ præjudicium fieri videtur, cum ea quæstio in judicium deducitur, quæ vel tota, vel ex aliqua parte communis est quæstioni de re majori. » — Il en est tout autrement des *actiones præjudiciales*. Le jugement dans ces actions ne décide point, en effet, implicitement la question plus grave qui peut être soulevée plus tard ; il ne fait que constater un point qui sert de point de départ pour l'action ultérieure. Ci-dessus, §§ 131 et 140, n° II.

[15] EA RES AGATUR, QUOD (OU SI MODO) PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT. L'exemple le plus frappant est celui où quelqu'un intente, par rapport à une chose provenant d'une succession héréditaire, une action que le juge ne saurait juger, sans statuer implicitement sur le droit de succession même. GAIUS, IV, 133. « ... Cum petitor hereditatis alio genere judicii præjudicium hereditati faciat, velut cum res singulos petat ; esset enim iniquum, per unius [rei petitionem majori quæstioni de ipsa hereditate præjudicari]. Fr. 5, § 2. Fr. 25, § 17, D., *de heredit. petit.*, 5, 3. - Fr. 1, § 1. D., *familiæ ercisc.*, 10, 2. - L. 12, pr. C., *de hered. petit.*, 3, 31. — D'autres exemples : Fr. 13. 16. 18. 21. D., *de exceptionibus*, 44, 1. - L. 2. C., *de ordine judiciorum*, 3, 8. - Tit. C., *de ordine cognitionum*, 7, 19 et *passim*. - Cf. Fr. 4, D., *de publicis judiciis*, 48, 1. « Interdum evenit, ut præjudicium judicio publico fiat : sicut in actione legis Aquiliæ et furti, et vi bonorum raptorum... » Fr. 37. D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 2, § 1. D., *vi bonor. rapt.*, 47, 8. - Fr. 7, § 1. D., *de injuriis*, 47, 10. - Fr. 104. D., *de reg. juris*, 50, 17. - Tit. C., *quando civilis actio criminali præjudicet*, 7, 31. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 369.

[16] *Præscriptio fori* : Fr. 7, pr. D., *qui satisdare cog.*, 2. 8. - Fr. 5, in f. Fr. 42, § 3. D., *de judiciis*, 5, 1. L. 13. C., *de except.*, 8, 36. — *Præscriptio rei judicatæ* : Fr. 1. D., *de except.*, 44, 1. - Fr. 29. D., *de exc. rei jud.*, 44, 2 et *passim*. - *Præscriptio temporalis, longi temporis, decennii*, etc. *Voy.* ci-dessus, § 145.

[17] QUINTILIEN, *Inst. orat.*, VII, 5. « ... Cum ex *præscriptione* lis pendet, de ipsa re quæri non necesse. Ignominiose filius *præscribit* : de eo solo judicatio est, *an liceat ?* » — L. 5, C., *de pignor.*, 8, 14. « ... Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eam collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, *non causa cognita, sed præscriptione*, superatum esse constiterit » (213).

[18] GAIUS, IV, 133. « ... Præscriptio... nunc in speciem exceptionis deducta. »

la nature des deux institutions est la même, et que si, en thèse générale, les prescriptions sont susceptibles d'être discutées sans qu'il soit besoin d'examiner le fond, le contraire cependant peut aussi arriver [19]. Quoi qu'il en soit, déjà Cicéron appelle *exceptio* un moyen qui appartient sans conteste à la catégorie des *præscriptiones* proprement dites; et dans les écrits des jurisconsultes classiques, comme dans les constitutions impériales, les deux termes sont employés comme synonymes [20]. Cependant le mot *exceptio*, comme indiquant mieux la nature du moyen, est naturellement d'un usage plus fréquent.

Nous lisons dans Gaïus que les exceptions n'étaient point en usage du temps du *legis actiones*. Cela ne veut certes pas dire que le défendeur n'eût pu se servir de moyens de défense du genre de ceux qui de son temps portaient ce nom. Mais il est probable qu'à cette époque le préteur examinait lui-même les moyens de défense, de manière à n'avoir plus besoin de les indiquer au juge. Dans le système formulaire, les exceptions étaient très-importantes et fournissaient un moyen très-avantageux d'introduire des réformes législatives. Après la disparition de l'ancien *ordo judiciorum*, tout ce qui tenait à la forme dut nécessairement s'effacer : mais l'idée des *exceptiones* resta la même; et dans nos sources, ce mot n'est employé que pour désigner les défenses que nous avons comprises dans le numéro 3 de ce paragraphe, quoique dans le langage ordinaire on lui donne souvent un sens plus étendu, qui comprend tout moyen de défense quelconque [21].

EFFETS ET DIVISIONS DES EXCEPTIONS.

§ 150.

Si l'exception est fondée, elle doit avoir pour effet de faire déclarer le demandeur non recevable dans ses conclusions, et de repousser ainsi l'ac-

[19] Notamment quand le demandeur conteste, soit le fait sur lequel le défendeur fonde l'incompétence du juge, soit l'identité de la question que le defendeur prétend avoir été décidée par un jugement antérieur, etc. Cf. L. 9, C., *de præscr. longi temporis*, 7, 33. « Emtor bona fide contra præsentem decennii præscriptione, cujus initio contestationem haberi sufficit, *posteaquam suam impleverit intentionem petitor*, adhibita probatione justæ possessionis defensus, absolvi recte postulat.

[20] Cic., *de orat.*, I, 37; *rhetor.*, t. II, 20. — Parmi le grand nombre de textes du *corpus juris* qui peuvent être cités à l'appui de la proposition du texte, nous nous bornons à rappeler les passages cités dans les notes 15 à 19 et à ajouter les suivants : *Præscriptio doli mali*. Fr. 23. D., *de exceptionibus*, 44, 1. - Fr. 91. D., *de solut.* 46, 3. — *Exceptio annua, temporalis, longæ possessionis*. Fr. 30, § 5. D., *de peculio*, 15, 1. - Fr. 1. pr. § ult. D., *quando actio de peculio annalis est*, 15, 2. - Fr. 5, § 1. - Fr. 12. D., *de diversis tempor. præscr.*, 44, 3. - L. 4. C., *de præscr. XXX vel XL annor.*, 7, 39. - L. 1, pr. C., *de annali exc.*, 7, 40. Cf. les inscriptions des Titt. D., 44, 1 et C., 8, 36.

[21] M. de Savigny, *Système*. T. V, § 226.

tion. Eu égard à cet effet, on distingue les *exceptiones peremtoriæ* ou *perpetuæ* et les *exceptiones dilatoriæ* où *temporales*[22]. Les dernières sont celles qui ont pour effet de repousser le demandeur, mais pour le moment seulement, de manière qu'il reste libre d'intenter ultérieurement une nouvelle action du même chef[23], par exemple, l'exception d'incompétence du juge, l'exception fondée sur la non-exigibilité d'une dette dont on ne nie pas l'existence[24]. Les exceptions péremptoires, au contraire, anéantissent pour toujours l'action, de sorte que le demandeur ne pourra jamais plus l'intenter[25], par exemple la *præscriptio temporalis*[26].

On divise aussi les exceptions en *personæ cohærentes* et *rei* (ou *causæ*) *cohærentes*, selon qu'elles sont attachées exclusivement à une personne déterminée, ou qu'elles sont inhérentes à une relation quelconque et passent à tous ceux qui succèdent dans cette relation[27]. Cette idée peut être appliquée dans un sens actif et dans un sens passif, c'est-à-dire tant au demandeur qu'au défendeur[28].

[22] Gaius, IV, 120-125. - § 7 sqq. I., *de except.*, 4. 13. - Fr. 2, 3, D., *eodem*, 44, 1.

[23] Gaius, IV, 122. - § 10, I., *de except.*, 4, 13. « *Temporales* atque *dilatoriæ* sunt, quæ ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt... » Fr. 2, § 4, Fr. 3, D., *eod.*, 44, 1. — Il est à remarquer que dans l'ancien droit l'exception dilatoire pouvait avoir pour effet d'anéantir ou de paralyser *pour toujours* l'action du demandeur. Si, par exemple, le défendeur opposait la non-exigibilité de la dette, le juge devait nécessairement débouter le demandeur, lequel, par suite de ce jugement, se trouvait dans l'impossibilité de faire valoir sa créance au moyen d'une action nouvelle, ou devait au moins s'attendre à ce qu'on lui opposât l'*exceptio rei in litem deductæ* ou *rei judicatæ*. (*Voy.* ci-dessus, § 141, note 80, et ci-après, § 155). Pour éviter ces conséquences, le demandeur n'avait d'autre moyen que de retirer son action avant qu'il fût procédé à la *litis contestatio*. Gaius, IV, 123. « Observandum est autem ei, cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem ; alioquin, si objecta exceptione egerit, rem perdit : nec enim post illud tempus quo integra re evitare poterit, adhuc ei potestas agendi superest, re in judicium deducta et per exceptionem peremta. » - § 10, I., *de except.*, 4, 13 « ... Hodie autem non ita stricte procedere volumus, sed, *etc.* »

[24] *Præscriptio fori* (ci-dessus, note 16). — *Exceptio pacti in diem* Gaius, IV, 123. - § 11, I., *de except.*, 4, 13. - Fr. 3, D., *eodem*, 44, 1. — Les *præjudicia* (ci-dessus note 15). — Les *exceptiones litis dividuæ et residuæ* (ci-après, § 161, note 87), etc.

[25] Gaius, IV, 121. — § 9, I., *de except.*, 4, 13. « *Perpetuæ* atque *peremtoriæ* sunt, quæ semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, perimunt. - Fr. 3, D., *eod.*, 44, 1.

[26] Il faut se garder de confondre cette exception, qui est *péremptoire*, avec les exceptions qu'on appelle *temporales* sive *dilatoriæ*. *Voy.* ci-dessus notes 61. 62.

[27] Fr. 7, D., *de except.*, 44, 1. « Exceptiones, quæ *personæ* cujusque cohærent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, *quod facere possit*, vel parens patronusve, non competit fidejussori... § 1. Rei autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt... » — Comme il y a des *actiones*, de même il y a des *exceptiones in rem scriptæ*. Fr. 4, § 33, D., *de doli mali et metus except.*, 44, 3, et ci-après, t. II, § 287. Dans les *Vaticana fragm.*, § 266, il est même question d'une *exceptio* (*quasi*) *popularis*. « Nam semper exceptione Cinciæ uti potuit, non solum ipse, verum, ut Proculeiani putant, etiam quivis, *quasi popularis* sit hæc exceptio. » *Voy.* ci-après t. II, § 335.

[28] Ainsi l'*exceptio doli* est *personæ cohærens* à l'égard du demandeur, c'est-à-dire qu'elle ne peut être opposée qu'à celui qui s'est rendu coupable du dol (et à ses héritiers) ; elle est *causæ inhærens* à l'égard du défendeur, c'est-à-dire qu'elle peut être opposée par celui qui a

Quoi qu'il en soit, les *exceptiones rei cohærentes* forment la règle [29].

Enfin, nous trouvons dans nos sources quelques divisions qui n'exigent guère d'explications, parce qu'elles ont le même fondement que les divisions correspondantes des actions. Par exemple, celles en *exceptiones civiles* et *honorariæ*, *exceptiones utiles* et *in factum* [30].

COMMENT LES EXCEPTIONS PRENNENT FIN.

§ 151.

Avant tout, nous devons rappeler la règle de l'ancienne procédure qui défendait au juge d'avoir égard aux exceptions qui ne se trouvaient pas mentionnées dans la formule. Ce n'est que dans les *bonæ fidei judicia* que cette règle ne recevait point d'application [31]. Dans tous les autres procès le défendeur devait exposer ses exceptions au préteur, avant la conception de la formule [32]. S'il le négligeait, il perdait le droit de les faire valoir. — Quand la séparation du *jus* et du *judicium* eut disparu, on établit la règle que les exceptions dilatoires devaient être produites pendant l'instruction du procès, tandis que les péremptoires étaient admises jusqu'au jugement [33]. Exceptionnellement, certains moyens de défense peuvent même être opposés après le jugement, afin d'en empêcher l'exécution [34].

Abstraction faite de cette règle de procédure, les exceptions prennent naturellement fin dès que le droit sur lequel elles sont fondées s'éteint,

été victime de la fraude et par tous ses successeurs et ayants cause. Fr. 2, § 1, 2, D., *de doli mali except.*, 44, 4.

[29] *Voy.*, des exemples d'*exceptiones personæ cohærentes* : § 4, I., *de replicat.*, 4. 14; Fr. 24, 25. D., *de re jud.*, 42, 1. - Fr. 2, § 1, D., *de doli mali exc.*, 44, 4. - Fr. 21, § 5. Fr. 22-26. Fr. 32, D., *de pactis*, 2, 14.

[30] Gaius, IV, 118. — *Vatic. fragm.*, 310. « ... neque *Cinciæ legis* exceptio obstat, neque *in factum* : SI NON DONATIONIS CAUSA MANCIPAVI VEL PROMISI ME DATURUM. » (Ci-après, t. II, § 335.) — § 7, I., *de except.*, 4, 13. - Fr. 21, D., *de præscr. verbis*, 19, 5. - F. 2, § 5. Fr. 4, § 16, D., *de doli mali except.*, 44, 4, etc.

[31] C'est par cette raison que « bonæ fidei judicio exceptiones doli mali insunt, » c'est-à-dire, que ces exceptions n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule. *Vat. fragm.*, 94. Fr. 7, § 5, D., *de pactis*, 2, 14 - Fr. 68, § 1, D., *de contrah. emt.*, 18, 1. - Fr. 3, D., *de rescind. vend.*, 18, 5. - Fr. 21, D., *sol. matr.*, 24, 3. - Fr. 84, § 5, D., *de leg. I* (30). — Sur le sens du mot *exceptio doli*, *voy.* ci-dessus, § 149, note 7. Cf. Fr. 5, D., *de usuris*, 22, 1. « Generaliter observari convenit, bonæ fidei judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur, » et ci-après, t. II, §§ 279. 286.

[32] Gaius, IV, 117. 118.

[33] L. 2. C., *sentent. rescindi non posse*, 7, 50. - L. 4, 8, 12, 13, C., *de except.*, 8, 36. - Cf. L. 19. C., *de probat.*, 4, 16.

[34] Par exemple celle du *sénatusconsulte Macédonien*. Fr. 11, D., *de Sc. Maced.*, 6. - *Voy.* aussi Fr. 16, § 1, D., *de compens.*, 16, 2. - L. 2, C., *eod.*, 4, 31. - Fr. 17, § 2, D., *soluto matr.*, 24, 3. - Fr. 33, pr. in f. D., *de donat.*, 39, 5. - Fr. 41, § 2, D., *de re judic.*, 42, 1. - Fr. 41, § 1, D., *de fidejuss.*, 46, 1.

ou que l'une des conditions essentielles dont la loi fait dépendre leur existence vient à cesser. Mais elles ne s'éteignent point par la prescription. Ce dernier point ne peut guère être douteux pour ceux qui pensent avec nous que la prescription n'anéantit que l'action. Car, le droit même continuant de subsister, il est évident qu'on doit admettre les moyens de le faire valoir que la loi ne déclare pas expressément être anéantis. A cette raison se joint encore une considération d'équité qui s'oppose à ce que la prescription soit appliquée aux exceptions. En effet, il y a entre l'action et l'exception cette différence que nous sommes libres d'intenter l'action quand nous voulons, tandis que nous ne pouvons opposer une exception que pour autant que notre adversaire nous en fournisse l'occasion en nous poursuivant en justice [35]. Aussi la plupart des auteurs admettent qu'en général les exceptions ne s'éteignent point par prescription, et l'école a formulé le principe en ces termes : * *Quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* *. Cependant cette règle est combattue par plusieurs jurisconsultes, et il est tout naturel que ceux qui soutiennent que la prescription a aussi pour effet d'éteindre le droit auquel l'action se rapporte, ne la reconnaissent pas d'une manière absolue. Ils l'admettent, à la vérité, pour le cas où le droit en question n'est protégé que par une exception, et où par conséquent celui à qui il compète n'aurait pas pu le faire valoir au moyen d'une action (§ 89); parce qu'il serait contraire à l'équité d'imputer une négligence à celui que la loi met dans l'impossibilité d'agir. Mais ils déclarent prescrites toutes les exceptions fondées sur un droit, pour la protection duquel la loi accorde une action, parce que, disent-ils, la personne qui avait ce droit n'a qu'à s'imputer à elle-même de n'en avoir pas fait usage en intentant l'action. Cet argument ne nous paraît pas à l'abri de toute objection. D'abord, pour qu'il fût tout à fait concluant, il faudrait que l'action et l'exception qui servent à protéger le même droit produisissent toujours le même effet, ce qui est loin d'être vrai dans tous les cas [36]. Ensuite il

[35] Cette considération se trouve dans un passage de Paul, Fr. 5, § 6, D., *de doli mali except.*, 44, 2. « Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est : nam hæc perpetuo competit; cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur. » Par un argument *a contrario* tiré de ce passage, on a conclu que l'*exception* se prescrit toutes les fois que le droit auquel elle se rapporte est protégé par une action. Mais *voy.* la note suivante.

[36] Supposons qu'une vente ait été conclue, mais que le contrat n'ait été exécuté par aucune des deux parties contractantes. Dans ce cas, chacune d'elles aura l'action résultant du contrat à l'effet d'en demander l'exécution : mais, par contre, chacune d'elles pourra opposer à l'action de l'adversaire l'*exceptio non adimpleti contractus*, qui aura pour effet d'empêcher l'exécution du contrat, à moins que le demandeur ne commence par exécuter de son côté. L'exception a donc un but tout à fait différent de celui que nous poursuivons par l'action. — Un exemple montrera l'importance de cette distinction : En 1855, A vend à B une maison à condition que la livraison de la maison se fera à l'instant et que le prix d'achat ne devra être payé qu'en 1857. Aucune des deux parties n'exécute. Chacune d'elles aura donc à la fois

nous semble qu'une raison analogue à celle qui a fait prévaloir l'opinion moins rigoureuse dans le cas précédent peut être invoquée dans le cas dont nous parlons. En effet, de cela même que je n'ai pas fait valoir mon exception, il résulte que l'exercice du droit sur lequel elle est fondée n'a pas été troublé : pourquoi donc me punir de n'avoir point suscité un procès que rien ne m'engageait à intenter, puisque aucun acte n'était posé qui pût me faire craindre un changement dans le *statu quo* [37]*?*

Ce qui pourrait jeter du doute sur la vérité absolue de notre règle, c'est que dans une espèce particulière, la loi restreint l'usage d'une exception à un délai déterminé. Nous voulons parler de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* [38]. Mais nous verrons ci-après, au livre des obligations, d'abord que ce moyen n'est pas une véritable exception, ensuite que la restriction dont il s'agit se rapporte moins à la prescription qu'aux règles sur la force probante des titres.

Remarquons encore que le concours de deux ou plusieurs exceptions n'a point pour effet d'en éteindre l'une ou l'autre ; le défendeur peut les faire valoir toutes à la fois [39].

RÉPLIQUE, DUPLIQUE, ETC.

§ 152.

Le défendeur ayant fait valoir ses exceptions, le demandeur, à moins de se soumettre aux conclusions de l'adversaire, cherchera à les rencontrer

l'action résultant de la vente et l'*exceptio non adimpleti contractus*. Cependant l'action de l'acheteur sera prescrite en 1875, celle du vendeur le sera en 1877. Admettons maintenant que le vendeur demande en 1876 le payement du prix ; le défendeur, dont l'action est prescrite depuis un an, pourra-t-il faire valoir son *exceptio non adimpleti contractus ?* Cette question ne souffre pas de doute selon nous : les adversaires de notre système, au contraire, sont obligés de condamner l'acheteur à payer le prix sans recevoir la maison. *Voy.* M. de Savigny, t. V, 421, *note a*.

[37] Exemple : Un fils est exhérédé dans le testament de son père sans juste motif. Il peut attaquer ce testament par une action appelée *querela inofficiosi testamenti*, et qui se prescrit par le laps de cinq ans. Cependant la personne instituée dans le testament ne fait aucune démarche pour le faire valoir. Le fils se met en possession des biens délaissés et jouit tranquillement de la succession. Après plusieurs années, la personne instituée dans le testament demande la délivrance de la succession au moyen de la *hereditatis petitio*, action qui ne se prescrit que par trente ans. Le fils ne pourra-t-il pas faire valoir, par exception, l'inofficiosité du testament? Fr. 8, § 13, D., *de inoff. test.*, 5, 2. — *Voy.* M. de Savigny, § 254, note *k*.

[38] Cette exception est accordée à celui qui a reconnu par écrit devoir une somme d'argent qui ne lui a pas été comptée. Il peut l'opposer pendant deux ans à l'action en remboursement que le possesseur du billet intenterait contre lui. Il a en outre pendant le même laps de temps une action afin de demander la restitution du billet. Tit. I., *de litterarum obligatione*, 3, 21, et Tit. C., *de non numerata pecunia*, 4, 30. *Voy.* ci-après, t. II, § 330.

[39] Fr. 5, D., *de except.*, 4, 13. « Is qui dicit se jurasse, potest et aliis exceptionibus uti cum exceptione jurisjurandi, vel aliis solis : pluribus enim defensionibus uti permittitur. » - Fr. 8, D., *eod.* « Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversæ sunt. »

et à les paralyser à son tour. A cet effet, il peut faire ce que le défendeur a fait à l'égard de l'action, c'est-à-dire il peut nier que le droit sur lequel l'exception est fondée ait jamais existé, ou bien il peut en contester l'existence actuelle, ou enfin il peut opposer de son côté un droit qui aura pour effet de paralyser le droit que le défendeur avait vanté dans l'exception [40]. Ce dernier moyen de défense, on le voit, n'est de sa nature autre chose qu'une exception opposée aux conclusions du défendeur; aussi est-il, dans nos sources, désigné par les mots *exceptio exceptionis* [41] ou, par un terme spécial, *replicatio* [42]. Dans le langage ordinaire, on se sert également de ce mot pour désigner tout moyen quelconque que le demandeur oppose à la défense de son adversaire.

Si le défendeur répond à la réplique par une nouvelle exception, cette dernière est appelée *duplicatio;* et si l'affaire se poursuit ainsi, il y aura *triplicatio, quadruplicatio*, etc. [43].

IV. — De la preuve *.

RÈGLES GÉNÉRALES.

§ 153.

Par la demande et par la défense les deux parties allèguent des faits sur lesquels elles fondent leurs droits respectifs. Le juge ne croit rien, tout

[40] (Gaius, IV, 126). Pr. I., *de replicationibus*, 4, 14. « Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi actoris gratia, quæ *replicatio* vocatur, quia per eam *replicatur* atque *resolvitur* jus exceptionis. » - Fr. 2, §§ 1. 2, D., *de except.*, 44, 1. « Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quæ quidem ideo necessariæ sunt, ut exceptiones excludant : semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet. Illud tenendum est, omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse : exceptio actorem excludit, replicatio reum. - Fr. 27, § 2, D., *de pactis*, 2, 14. « ... Et ideo replicatione exceptio eliditur... » - Fr. 154. D., *de reg. juris*, 50, 17.

[41] Fr. 22, D., *de except.*, 44, 1. « Replicatio est contraria exceptio, quasi *exceptio exceptionis.* »

[42] Gaius, IV, 126 et suiv. - Tit I, *de replicationibus*, 4, 14. - La forme de la *replicatio* était la même que celle de l'*exceptio*. Par exemple, on répliquait à l'exception fondée sur un pacte rémissoire : *si non postea convenerit ut eam pecuniam petere liceret. Voy.* Gaius, IV, 126, et Théophile, ad Pr. I., *de replic.*, 4, 14.

[43] Gaius, IV, 127. - § 1, I., *de replicat.*, 4, 14 et Théophile, ad h. l. — Dans quelques passages on donne le nom de *triplicatio* à la réponse que le défendeur fait à la réplique du demandeur, et qu'on appelle habituellement *duplicatio*. Fr. 2, § 3, D., *de except.*, 44, 1; Fr. 7, § 1, 2, D., *de curat. furioso dandis*, 27, 10. Le mot *quadruplicatio* ne se trouve que dans Théophile. — Gaius, IV, 127-129, appelle tous ces moyens *adjectiones*, terme qui s'explique aisément par la rédaction de la formule, et que Justinien a remplacé dans les *Institutes* par l'expression plus générale *allegationes*.

* Tit. D., *de probationibus et præsumtionibus*, 27, 3. - Tit. C., *de probationibus*, 4. 19.

doit être prouvé; il est donc de la plus grande importance de déterminer à qui incombe la preuve des faits contestés. En thèse générale, il ne peut y avoir le moindre doute à cet égard :

« Celui qui fonde ses conclusions sur un droit qu'il soutient lui appar- » tenir, doit prouver les faits qui, selon lui, ont donné naissance à ce » droit.

» Mais l'origine du droit étant constatée, son existence actuelle est » présumée; si l'adversaire soutient qu'il a cessé d'exister, ou qu'il a subi » des modifications, c'est à lui de fournir la preuve des faits qui auraient » eu pour effet de l'éteindre ou de le modifier [1].

C'est sur ces deux principes simples et rationnels que la théorie de la preuve est fondée. Nous allons en montrer l'application dans les diverses phases de la procédure.

Toute action suppose l'existence et la lésion d'un droit. Celui qui intente l'action, le demandeur, doit donc prouver qu'il a le droit dont il demande la protection, et que ce droit a été lésé par le défendeur * : *Actor probat actionem* * [2]. L'objet de la preuve à l'égard du premier point est déterminé par la nature du droit dont il s'agit; le demandeur est tenu de prouver que toutes les conditions essentielles du droit existent. Quant à la lésion, elle peut avoir été causée par des faits divers dont la preuve incombe également au demandeur. Toutefois, il est à remarquer que cette preuve n'est pas nécessaire, quand il s'agit d'un droit en vertu duquel le demandeur peut exiger une prestation du défendeur; en d'autres termes, quand le demandeur poursuit l'exécution d'une obligation qui consiste à donner ou à faire quelque chose. Car dans ce cas l'existence même du droit prouve que l'obligation n'a pas été exécutée, et c'est précisément le défaut d'exécution de la part du défendeur qui constitue la lésion.

Le défendeur peut contester la demande de trois manières différentes.

D'abord il peut nier les faits sur lesquels le demandeur fonde son action. Il est évident que cette négation n'a pas besoin d'être prouvée, puisque le demandeur avant tout doit établir l'existence de ces faits [3]. C'est à cet axiome que se rapporte le passage du Code qui dit que *negantis nulla pro-*

[1] Fr. 5 pr. § 1, Fr. 17, D., *h. t.*, 22, 3. - Fr. 22, D., *de leg., II* (31). - Fr. 2, § 12, D., *de leg. III* (32). - L. 1, 11, C., *h. t.*, 4, 19. - L. 5, C., *de codicillis*, 6, 36. - *Voy.* aussi ci-après, notes 5 et 6.

[2] § 4, I., *de legatis*, 2, 20. - Fr. 5 pr. D., *si usufructus petatur*, 7, 6. - Fr. 2, 19, D., *h. t.* - Fr. 21 in f. D., *eodem.* « ... Quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit... » — Fr. 15, D., *de operis novi nunc.*, 39, 1. - L. 4, C., *de edendo*, 2, 1. - L. un. C., *de prohibita sequestratione pecuniæ*, 4, 4. - L. 2. 8. 23, C., *h. t.*

[3] § 4, I., *de interdictis*, 4, 15. « ... Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio. Propter quam causam, cum obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet. » - Fr. 5, pr. D., *si usuf. pet.*, 7, 6. - L. 4, C., *de edendo*, 2, 1. - L. ult. C., *de rei vind.*, 3, 32. - L. 2. 8, C., *h. t.*

batio [4]. En second lieu, le défendeur, tout en reconnaissant ces faits, peut en alléguer d'autres qui auraient eu pour effet d'éteindre le droit du demandeur. Il est évident que la preuve de ces faits lui incombe [5]. Enfin le défendeur, sans nier l'existence du droit du demandeur, peut lui opposer une exception, c'est-à-dire faire valoir de son côté un droit qui doit avoir pour effet de paralyser le droit de l'adversaire. Il est encore évident qu'il est tenu de prouver l'existence de ce droit, sur lequel il fonde son moyen de défense. * *Reus probat exceptionem* * [6].

Si le demandeur réplique à la défense, les règles que nous venons d'exposer doivent être appliquées de la même manière, et ainsi de suite s'il y a lieu à *duplicatio*, etc.

Les commentateurs ont l'habitude de formuler ces règles en deux proverbes de droit, qui sont entièrement vrais dans l'application que nos sources en font, mais qui peuvent faire naître de graves erreurs quand on les applique d'une manière générale et absolue.

Le premier de ces proverbes est : * *Actor probat actionem, reus exceptionem* *. Rien n'est plus vrai, comme nous l'avons, au reste, démontré par ce qui précède. Mais la règle n'épuise pas toute la matière; car s'il est incontestable que le défendeur doit prouver ses exceptions, il n'en est pas moins vrai qu'il doit encore prouver autre chose. En effet, le mot *exceptio*, comme terme technique, signifie les moyens de défense qui, sans attaquer l'existence du droit du demandeur, ont simplement pour but de le paralyser et de le rendre inefficace. Or, nous avons vu que le demandeur peut se défendre encore par d'autres moyens qui mettent également la preuve à sa charge, par exemple en alléguant des faits qui auraient eu pour effet d'éteindre le droit du demandeur. Par contre, si l'on veut donner au mot *exceptio* la signification vulgaire, d'après laquelle il comprend tout moyen de défense quelconque, l'application du proverbe sera trop étendue, partant erronée, car le défendeur n'est pas tenu de fournir la preuve de ce que nous avons appelé ci-dessus la *litis contestatio negativa*.

L'autre proverbe : * *Affirmans probat, negantis nulla probatio* *, est également vrai dans les applications que les Romains font des deux propositions qui le composent [7]; mais, interprété d'une manière arbitraire, il

[4] L. 23, C., *h. t.* « Actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit : cum per rerum naturam factum *negantis probatio nulla sit.* » - Fr. 2, D., *eodem.* « Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. »

[5] Fr. 12, D., *h. t.* - L. 1, C., *eod.* « Ut creditor qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem præstare cogitur. » Cf. L. 10, C., *de non num. pecunia*, 4, 30, et ci-après, t. II, § 330.

[6] *Voy.* ci-après, note 12.

[7] *Voy.* ci-dessus, notes 4 et 5.

peut donner lieu aux erreurs les plus étranges [8]. Beaucoup de commentateurs, prenant la régle *negantis nulla probatio* pour une maxime générale et absolue, ont cru qu'il était physiquement impossible de fournir la preuve d'une négative; et en partant de cette idée, ils ont soutenu que celui qui niait un fait ne pouvait être admis à en prouver la fausseté. Il est évident que cette supposition n'est pas fondée; car la preuve d'une négative peut être fournie non-seulement d'une manière indirecte, par exemple par un alibi, mais encore d'une manière directe, savoir, par témoins ou par délation de serment. Aussi celui qui nie un fait est toujours admis à prouver sa négation, quoiqu'il n'y soit point tenu quand il nie tout simplement les faits non prouvés sur lesquels l'adversaire fonde son droit [9]. D'autres erreurs peuvent naître de ce que l'on ne saisit pas bien le sens du mot *negare*. On ne doit point l'entendre de la forme logique, mais exclusivement du sens et de la nature juridiques d'une assertion. Autrement, la règle serait tout à fait illusoire; car presque toute proposition est susceptible d'être énoncée sous une forme affirmative ou sous une forme négative, selon la volonté de celui qui l'énonce [10].

De ce que nous venons de dire il résulte que les deux proverbes cités, sagement interprétés, ne sont que des applications plus ou moins étendues des règles générales que nous avons exposées au commencement du paragraphe, mais qu'ils peuvent conduire à des erreurs, par cela même qu'ils ne constituent que des applications partielles. Il est donc plus prudent de n'en point faire usage, d'autant plus que nos régles générales suffisent pour résoudre toutes les difficultés qui ne proviennent pas de la nature particulière du droit litigieux.

Observation. Comme celui qui intente une action est toujours nécessairement tenu de fournir la preuve des faits sur lesquels il la fonde, les Romains ont l'habitude de dire que celui à qui incombe la preuve d'un fait, *necessitas* ou *onus probandi*, est chargé du rôle de demandeur. Ainsi les termes : *Actoris partibus fungi, petitoris partibus fungi, petitoris partes sustinere, actoris partes obtinere,* signifient dans la plupart des cas tout simplement : être tenu de fournir la preuve d'un fait, peu importe que ce devoir incombe au demandeur ou au défendeur [11]. C'est en combinant cette terminologie avec la règle que le défendeur doit fournir la preuve de

[8] *Voy.* entre autres sur cette matière Toullier, *le Droit civil français* suivant l'ordre du code, liv. III, tit. III, chap. 6, nos 16 et suiv.

[9] Fr. 14, D., *h. t., de probationibus*, 22, 3.

[10] Ainsi, dans la *condictio indebiti*, je puis dire que *j'ai payé* ce que je ne devais pas, ou que je *ne devais pas* ce que j'ai payé (ci-après t. III, § 339). — En affirmant que j'ai la propriété libre et illimitée d'un fonds, je *nie* qu'un autre ait une servitude sur ce fonds (ci-après § 225). — Il serait facile d'augmenter le nombre de ces exemples.

[11] Fr. 14, 19, pr. D., *de probat.*, 22, 3. - Fr. 14, D., *de Carboniano edicto*, 37, 10. - Fr. 15, in f. D., *de operis novi nunciatione*, 39, 1.

son exception, que les commentateurs ont fait le proverbe : * *Reus excipiendo fit actor* * [12].

DES MOYENS DE PREUVE.

§ 154.

La preuve d'un fait est ordinairement fournie par des titres écrits qui le constatent, ou par des témoins qui en déposent; les simples indices cependant peuvent aussi, selon les circonstances, suffire pour donner au juge la certitude des faits allégués par les parties [13]. — La preuve par titres écrits, *scripturæ*, *tabulæ*, *instrumenta*, *documenta* [14], est en général considérée comme la plus certaine, surtout quand le titre a un caractère public [15]. Des écrits émanés de nous-même, ainsi que des registres et des papiers domestiques, ne font point un titre pour nous, pas plus que des actes qui désignent d'une manière trop vague le fait ou le droit pour la preuve duquel on les allègue [16]. Toutefois il se peut que de pareils écrits acquièrent quelque valeur par d'autres circonstances qui suppléent à ce qui leur manque de force probante [17]. — La preuve testimoniale était admise à Rome dans toutes les contestations. Cependant on ne se faisait pas illusion sur le danger qu'elle offre [18], et on hésitait à l'admettre contre un titre écrit [19]. En général, deux témoins suffisaient pour prouver la réalité du fait dont ils déposaient; dans des cas exceptionnels, on en

[12] Fr. 1, D., *de except.*, 44, 1. « Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur : nam reus in exceptione actor est. »

[13] Cf. ci-dessus, § 134, notes 18 sqq. Ajoutez Quintil., *Inst. orat.*, V, 8-10. - Paul, 54, 4. - Fr. 3, § 2, *de testibus*, 22, 5 (Divi Hadriani)... exstat rescriptum..., in hæc verba : *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest...... Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere : sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* » Cf. Fr. 79, § 1, D., *de judiciis*, 5, 1. - L. 19, C., *de rei vind.*, 3, 32.

[14] Les mots *instrumenta* et *documenta* s'appliquent aussi à la preuve testimoniale. Fr. 1, D., *de fide instrumentorum*, 22, 4 et *passim*.

[15] Fr. 10, 29, pr. D., *de probat.*, 22. 3. - Fr. 26, § 2, D., *depositi*, 16, 2. - Fr. 3, § 2, D., *de testibus*, 22, 4. - L. 6, C., *de re judicata*, 7, 52. - L. 11, C., *qui potiores in pignor.*, 8, 18. - Nov. 73, c. 5. 7. — La L. 11, C., *qui potiores*, 8, 18, mentionne des titres *quasi-publics*. *Voy.* ci-après, § 248.

[16] L. 5. 6. 7, C., *h. t.*, 4, 19. - Fr. 25, § 4, D., *eodem*. « ... Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et *indiscrete* loquitur... » *Voy.* ci-après, t. II, § 339.

[17] L. 5, C., *h. t.* « Instrumenta domestica, seu privata testatio seu annotatio, *si non aliis quoque adminiculis adjuventur*, ad probationem *sola* non sufficiunt. »

[18] L. 18, C., *de testibus*, 4, 20. « Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes... » Toutefois cette considération engage tout simplement Justinien à exiger dans un cas spécial cinq témoins au lieu de deux.

[19] L. 1, C. *de testibus*, 4, 20. Cf. Paul, V, 15, 4, et Fr. 7, § 12, D., *de pactis*, 2, 14.

exigeait un plus grand nombre [20]. Nos sources contiennent plusieurs dispositions particulières concernant les qualités requises pour être admis comme témoin [21]. — L'expertise, moyen dont on se sert si fréquemment de nos jours pour établir des faits actuels, et surtout pour estimer la valeur des choses, était beaucoup moins usitée chez les anciens Romains. Cela tenait en grande partie à la séparation du *jus* et du *judicium*, qui permettait, dans la plupart des cas où des opérations de ce genre sont nécessaires, de réunir dans la même personne les fonctions de juge et d'expert [22]. Nous trouvons cependant, depuis les temps les plus reculés, une catégorie importante d'experts quasi-officiels, les *agrimensores*, qui dans divers cas exerçaient même, à certains égards, les fonctions de juges [23]. Sous le régime de la procédure extraordinaire, les expertises ont dû devenir plus fréquentes; pourtant, nos lois sont presque muettes sur la matière [24].

L'aveu de la partie à laquelle un fait est opposé dispense de toute autre preuve. Dans l'ancienne procédure, l'aveu de l'*intentio* [25], fait devant le préteur *in jure*, rendait le *judicium* inutile, puisque le juge n'avait d'autre mission que de constater les faits. *Confessus pro judicato habetur*. L'aveu fait devant le *judex* ne dispensait point du jugement, mais il déterminait naturellement la décision du juge. C'est cet effet que l'aveu judiciaire produit dans le droit nouveau [26]. — Quant à l'aveu fait en dehors de l'instance, et qu'on appelle extrajudiciaire, il fait évidemment preuve des faits auxquels il se rapporte, à moins que la partie contre laquelle l'aveu est invoqué n'en détruise par de nouveaux faits la force probante [27]. Sous ce dernier rapport, il ne faut pas perdre de vue que la réalité de cet aveu ne peut être établie

[20] Fr. 12, D., *de testibus*, 22, 5 « Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est. » - L. 9, § 1, C., *eodem*, 4, 20. — Exceptionnellement, on exige trois et cinq témoins dans les L. 15, § 1, et L. 18. C., *eodem*. — Il dépendait, au reste, du juge de limiter le nombre des témoins à produire. Fr. 1, § 2, D., *eodem*.

[21] Fr. 3. 6. 10. 13. 15. 20. 21. pr. D., *de testibus*, 2, 25. - L. 3. 6. 10. 12. 17. C., *eodem*, 4, 20.

[22] *Voy.* ci-dessus, § 138, note 31.

[23] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 360. 367.

[24] Dans le Fr. 7, § 4. D., *si mensor falsum modum dixerit*, 11, 6, il est question d'un expert en comptabilité (tabularius... in computatione). La *Nov.* 64 nous apprend que l'on prenait dans la corporation des jardiniers de Constantinople, *hortulani*, les experts pour les matières relatives à leur profession.

[25] Quant aux faits en dehors de l'*intentio*, *voy.* ci-après, l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[26] Cf., ci-dessus, § 130, nº 4, et § 134, note 3. Ajoutez Paul, V, 5a, 3. - Fr. 1. 6, pr. § 1. 2. D., *de confessis*, 42. 2. - Fr. 56, D., *de re judicata*, 42, 1. - Fr. 25, § 1, D., *ad leg. Aquil.*, 9, 2. - L. un. C., *de confessis*, 7, 59. — *Voy.*, sur quelques particularités : L. 7. 8. C., *de juris et facti ignor.*, 1, 18. - L. 13, C., *de non num. pec.*, 4, 30. - L. 39, C., *de liberali causa*, 7, 16; et sur l'aveu fait au nom de la partie par son mandataire. Fr. 6, § 3-6. D., *de confessis*, 42. 2. - L. 1. 3. C., *de errore advocatorum*, 2, 10.

[27] Arg. Fr. 40, D., *de pactis*, 2, 14. - Fr. 25, § 4. D., *de probat.*, 22, 3.

que par les moyens ordinaires de preuve, comme par titres ou par témoins, et que par conséquent on doit y appliquer les règles générales sur l'admissibilité de ces moyens.

A défaut de preuve régulière et d'aveu, il reste une dernière ressource : c'est de déférer à l'adversaire le serment sur la vérité des faits contestés [28]. Cette délation est considérée comme une espèce de transaction entre les deux parties, par laquelle l'une d'elles fait dépendre le gain de sa cause de la conscience de son adversaire [29]. Si la partie à laquelle le serment est déféré accepte l'offre et fait le serment, le fait auquel il se rapporte est censé établi en sa faveur [30]. Par contre, si elle le refuse, le fait contesté est censé établi en faveur de la partie adverse. Cependant celui à qui le serment est déféré peut l'éviter en le référant à l'autre partie, laquelle alors est obligée de l'accepter sous peine de succomber dans sa demande ou dans son exception [31]. — Anciennement, le serment fait devant le préteur, *in jure*, rendait le jugement inutile, parce qu'il n'y avait plus nécessité d'examiner les faits [32]. Dans le droit nouveau, il ne dispense plus du jugement, mais il le détermine d'une manière irréfragable, parce que c'est de la prestation du serment que les parties ont fait dépendre le sort du procès [33]. Aussi la partie qui succombe par suite du serment n'est-elle point recevable à en prouver la fausseté [34]. — Le juge qui ne se trouve pas parfaitement éclairé par les allégations respectives des parties peut aussi faire compléter la preuve en déférant d'office le serment à l'une ou l'autre des parties [35]. On a l'habitude d'appeler ce serment supplétif ou

[28] Les commentateurs appellent le serment employé comme moyen de preuve *jusjurandum assertorium*, en opposition à celui qui sert à confirmer une convention, *jusjurandum promissorium*. V. § 120, note 22.

[29] Fr. 2, D., *de jurejurando*, 12, 2. « Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata. » - Fr. 31. 35, § 1, D., *eodem*. - Fr. 21, D., *de dolo malo*, 4, 3.

[30] Fr. 5, § 2. Fr. 7, 26, 27, 28, § 8. Fr. 34, § 9. Fr. 40, D., *de jurejurando*, 12, 2.

[31] Fr. 34, § 6-9. - Fr. 38, D., *de jurejurando*, 12, 2. - L. 9, C., *eodem*, 4, 1.

[32] *Voy.* ci-dessus, § 134, note 9. Le serment déféré équivalait à la *litis contestatio;* le serment fait, au jugement. Aussi y avait-il lieu, dans les deux hypothèses, à des exceptions et actions analogues aux *exceptiones rei in litem deductæ* et *rei judicatæ* et à l'*actio judicati*. Fr. 28, § 2, D., *de judiciis*, 5, 1 - Fr. 7. 9, pr. Fr. 11, pr., § 3, D., *de jurejurando*. 12, 2. - L. 8, C., *de rebus creditis et jurejurando*, 4, 1.

[33] Fr. 1, pr. D., *quarum rerum actio non datur*, 44, 5. Ce passage d'Ulpien ne parle à la vérité que du serment *in jure*, mais l'argument s'applique à tout serment judiciaire. « Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet : non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum. — *Voy.* au reste ci-dessus, la note 26.

[34] Fr. 21. 22, D., *de dolo malo*, 4, 3. - Fr. 56, D., *de re judic.*, 42, 1. - L. 1, C., *de jurejur.*, 4, 1. — *Voy.* cependant Fr. 31, D., *eod.*, 12, 2 (note 15) et L. ult. C., *eod.*, 4, 1. — Au reste, le faux serment était puni criminellement. L. 2, C., *eod.*, 4, 1. - L. 13, C., *de testibus*, 4, 20. - L. 41, C., *de transact.*, 2, 4.

[35] Fr. 31, D., *de jurejur.*, 12, 2. « ... Solent enim sæpe judices in dubiis causis *exacto* jurejurando secundum eum judicare, qui juravit... » — L. 3, C., *eod.* « In bonæ fidei con-

supplétoire, quand il sert à compléter une preuve incomplète, et purgatif ou purgatoire, quand il a pour effet de paralyser une preuve insuffisante. Dans l'un comme dans l'autre cas, la délation de ce serment, ne contenant point de transaction, est loin de produire des effets aussi absolus que la délation faite par l'une des parties [36]. Particulièrement, celui à qui le juge défère le serment peut le décliner, en offrant la preuve du fait sur lequel il est déféré [37]. Nous devons encore mentionner que dans certains cas le demandeur est admis à fixer sous serment le montant d'un dommage dont il poursuit la réparation envers le défendeur. C'est ce que les Romains appellent *in litem jurare* [38].

Il nous reste à parler de deux moyens de droit, dont l'effet est de dispenser de la preuve la partie qui est dans les conditions voulues pour les faire valoir. Ce sont les présomptions et les fictions. Les présomptions sont des conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu [39]. Ces conséquences ne sont, à la vérité, que des conjectures qui peuvent n'être pas vraies; mais la loi les suppose vraies jusqu'à ce que la fausseté en soit démontrée. Celui qui peut invoquer en sa faveur une présomption est donc dispensé de la preuve du fait sur lequel elle porte; toutefois la force probante de la présomption sera anéantie si l'adversaire prouve que, dans l'espèce, le fait supposé vrai n'existe réellement pas. Car la preuve du contraire est naturellement admise contre toute présomption, quelle qu'en soit la probabilité. Ainsi la loi présume que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Cette présomption dispense l'enfant de la charge de prouver sa légitimité; mais les personnes qui ont intérêt à lui contester cette qualité sont admises à prouver qu'il n'a pas été engendré par le mari [40]. — Dans certains cas, cependant, la loi veut qu'une présomption tienne lieu de la vérité, de sorte que la preuve du contraire ne soit pas admise. Telle est, par exemple, la règle que l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage n'est point enfant légitime du mari.

tractibus, nec non etiam in ceteris causis, inopia probationum per judicem jurejurando. causa cognita, res decidi oportet. »

[36] Fr. 31, D., *de jurejur.*, 12, 2. « Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum *exactum* permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, etc.

[37] Zimmern, *Traité des actions*, § 127, note 15. § 135, note 7.

[38] Tit. D., *de in litem jurando*, 12, 3. - Tit. C., *eod.*, 5, 53. - *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. II, § 261.

[39] Nous n'avons à nous occuper que des présomptions établies par la *loi*, que les commentateurs appellent " *præsumtiones juris* " en opposition aux conséquences que *l'homme* peut tirer d'un fait connu à un inconnu et qu'on a l'habitude d'appeler " *præsumtiones facti s. hominis* ".

[40] Fr. 12, D., *de statu hom.*, 1, 5. - Fr. 2, § 1, D., *de pactis*, 2, 14. - Fr. 35, pr. 40, § 4, D., *de procurator.*, 3, 3. - Fr. 24 25, D., *de probationibus et præsumtionibus*, 22, 3. - Fr. 33, § 2, D., *de leg. III* (32). - Fr. 9, § 1. 2. 4. Fr. 16. pr. 22. 25, D., *de rebus dubiis*, 34, 5. - L. 15, C., *de solutionibus*, 8, 43.

Cette règle est uniquement fondée sur la présomption qu'un enfant ne peut naître plus de dix mois après sa conception; mais cette présomption est considérée comme si puissante qu'elle ne saurait être paralysée de quelque manière que ce soit [41]. — Il est évident qu'en agissant ainsi le législateur a ôté aux conjectures de ce genre le caractère de présomption, et les a érigées en règles positives de droit [42]. Quant à leurs effets juridiques, elles présentent la plus grande analogie avec les fictions, qui jouaient un si grand rôle dans l'ancien droit. Nous avons déjà eu l'occasion de montrer comment on s'en servait pour introduire des réformes sans attaquer le front les dispositions du *jus civile*. Nous en verrons d'autres exemples dans le cours de l'ouvrage. Ici nous nous bornons à faire observer que non-seulement le préteur et les jurisconsultes employaient ce moyen, mais que, dans des temps assez reculés même, la législation y avait recours [43].

Observation. Dans le paragraphe qui précède nous avons parlé de l'aveu considéré comme moyen de preuve. Il est évident que, pour servir à cet effet, l'aveu doit être volontaire : le défendeur n'est point tenu d'avouer, il n'a pas même besoin de répondre aux allégations de la partie adverse [44]. Ceci souffre cependant exception quand il s'agit de faits relatifs à la personne du défendeur, et dont la constatation est nécessaire pour que le procès puisse être dirigé contre lui. Supposons que j'aie à poursuivre le payement d'une somme d'argent dont le débiteur est décédé. Titius passe pour être son héritier; mais je n'en ai aucune preuve, et dans tous les cas j'ignore pour quelle part il peut être héritier [45]. En pareil cas le demandeur avait le droit de poser, avant de procéder à la *litis contestatio*, au défendeur des questions propres à constater sa qualité, *interrogationes in jure*; et l'action intentée à la suite de ces interrogations, qui étaient mentionnées dans la formule, s'appelait dès lors *interrogatoria actio* [46]. Il dépendait naturellement du magistrat de permettre ou de ne

[41] Fr. 3, § 11, D., *de suis et legitimis hered.*, 38, 16. — *Voy.* aussi L. 14, C., *de non num. pecunia*, 4, 30.

[42] Les commentateurs leur ont donné le nom barbare de "*præsumtiones juris et de jure*", en opposition aux véritables présomptions, "*præsumtiones juris tantum*", à l'égard desquelles la preuve contraire est admise.

[43] Par exemple la fiction qui sert de base au *jus postliminii* et la *fictio legis Corneliæ*. *Voy.* ci-après, § 184, et t. III, §§ 413. 416. 445. 473.

[44] *Voy.* ci-dessus, § 153, notes 3 et 4.

[45] Fr. 1, pr. Fr. 2. 3, D., *de interrogationibus in jure*, 11, 1.

[46] Tit. D., *de interrogationibus in jure faciendis, et interrogatoriis actionibus*, 11, 1.— Remarquons ici que le Fr. 25, § 2, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2, emploie un terme analogue en qualifiant de *confessoria* l'action fondée sur l'aveu fait par le defendeur; mais dans ce texte il s'agit évidemment d'un aveu fait, non pas à la suite d'une *interrogatio in jure*, mais dans le debat au fond. Dans l'espèce le défendeur avait avoué le fait qui le rendait passible de l'*actio legis Aquiliæ*; mais cet aveu ne dispensait pas du *judicium*, puisqu'il s'agissait encore de fixer contradictoirement le *quantum* de la condamnation. Le juge n'avait plus à

pas permettre que le demandeur posât de ces questions préjudicielles [47]; mais elles étaient de droit d'abord toutes les fois qu'il importait de constater la qualité d'héritier du défendeur, ensuite dans les *in rem actiones* à l'effet de savoir si et à quel titre le défendeur possédait, enfin dans les actions noxales [48]. Les réponses faites par le défendeur guidaient le demandeur dans la conception de sa demande. Ce qu'elles contenaient de favorable lui était désormais acquis contre le défendeur [49]. Si ce dernier refusait de répondre ou donnait frauduleusement une réponse contraire à la vérité, on admettait comme vraie contre lui la supposition la plus défavorable pour lui [50]. Ces questions préjudicielles devaient dans l'ancien droit naturellement précéder la *litis contestatio*, puisque la rédaction de la formule dépendait des réponses à faire par le défendeur; elles constituaient donc une procédure séparée, précédant les débats du fond. Dans le droit nouveau, où toutes les questions contentieuses se discutent dans la même instance, cette séparation n'existe plus [51].

examiner si le défendeur devait être condamné — l'aveu le dispense de cet examen, — il n'avait qu'à estimer la somme à payer « *non rei judicandæ, sed æstimandæ datur.* » Fr. 25, § 3, D., *cité.*

[47] Fr. 9, § 6. 7. - Fr. 10. 11. 20, § 2, Fr. 21, D., *de interrogat. in jure*, 11, 1.

[48] A). Fr. 1, pr. D., *eodem.* « Toties heres interrogandus est, *qua ex parte heres sit*, quoties adversus eum actio instituitur et dubitat actor qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit. Est autem interrogatio necessaria, cum in personam sit actio. » - Fr. 2. 3, D., *eodem.* « Plerumque difficilis probatio hereditatis est. » - Fr. 4. 5. 6. 9, § 6. 7, D., *eodem.* — B). *In rem actiones*, spécialement revendication et pétition d'hérédité. Fr. 20, § 1, D., *eodem.* Fr. 56, pr. 80, D., *de rei vind.*, 6, 1. - L. 11, C., *de petit. heredit.*, 3, 31. *Voy.* ci-après, § 204, et t. III, § 487. — C). *Actions noxales.* Fr. 5. 7. 8, D., *de interrog. in jure*, 11, 1. « ... Interrogatus, *an quadrupes quæ pauperiem fecit ejus sit*..... Fr. 8, D., *eodem*, « ... Respondit *suum esse servum*... » *Voy.* ci-après, t. II, § 366.

[49] Fr. 4, pr. Fr. 6, § 1. Fr. 9, § 5. Fr. 11, § 1. 2. 9. Fr. 12, pr. Fr. 22, D., *de interrogat. in jure*, 11, 1.

[50] Fr. 11, § 1. sqq. D., *eodem.* « 1. Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit, ex parte heredem esse : sic convenitur, atque si ex ea parte heres esset. » 2. « Qui ex quadrante heres, vel omnino, cum heres non esset, responderet se heredem ex asse, in assem instituta actione convenietur. » 3. Si cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante : *mendacii* hanc pœnam feret, quod in solidum convenitur. Non enim debuit mentiri... » 4. « Qui tacuit apud prætorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negavit se heredem esse : nam qui omnino non respondit, contumax est... » - Fr. 1, § 15, D., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 9, 1. — Pour la revendication et la pétition d'hérédité, *voy.* ci-après, § 204, vers la fin, et t. III, § 387.

[51] Fr. 1, § 1, D., *de interrog. in jure*, 11, 1. « Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur... »

V. — Actes du juge.

DU JUGEMENT *.

§ 155.

Nous avons exposé ailleurs comment les jugements se rendaient, et quels étaient les moyens que les parties pouvaient employer quand elles se croyaient lésées par la sentence du juge. Nous n'avons à nous occuper ici que des effets du jugement décisoire contre lequel il n'y a plus aucun recours légal, et qui est appelé chose jugée, *res judicata*, pour le distinguer de *sententia*, jugement en général [1].

Ce qui est dit par un jugement régulier, ayant force de chose jugée [2], fait désormais invariablement droit entre les parties, *jus facit judex* [3], de manière que même la preuve de l'injustice du jugement ne saurait profiter à la partie succombante : *res judicata pro veritate accipitur* [4]. L'application de cet axiome de droit, qui est né d'une nécessité sociale, mais qui, par suite de l'imperfection humaine, n'est que trop souvent une fiction,

* PAUL, V, 5a, *de effectu sententiarum et finibus litium.* — Tit. D., *de re judicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*, 42, 1. - Tit. D., *de exceptione rei judicatæ*, 44, 2. - Tit. C., 7, 50-56. 60.

[1] Fr. 1, D., *de re judicata*, 42, 1. « Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit : quod vel condemnatione vel absolutione contingit. » Quelquefois cependant le mot *res judicata* » comprend aussi les jugements susceptibles d'appel. » Fr. 7, pr. D., *de transact.*, 2, 15.

[2] Un jugement prononcé sans l'observation des formalités requises, ou nul pour d'autres causes, ne constitue pas une *chose jugée*, et la partie intéressée peut en contester la validité par tous moyens de droit. Fr. 32, D., *de re judicata*, 42, 1. - Fr. 19. D., *de appellat.*, 49, 1. - Tit. D., *quæ sententiæ sine appellatione rescindantur*, 49, 8. - L. 46, C., *de sententiis*, 7, 45. - L. 1, C., *sententiam rescindi non posse*, 7, 50. - Tit. C., *quando provocare non est necesse*, 7, 64. — Il en est de même d'une erreur de calcul que le juge aurait commise dans un jugement d'ailleurs régulier et définitif : " error calculi non facit jus. " Fr. 1, § 1, D., *quæ sententia sine appell.*, 49, 8.

[3] Les termes se trouvent : Fr. 11, D., *de justitia et jure*, 1, 1. - Fr. 17, § 1, D., *de inoff. test.*, 5, 2. - Fr. 14, pr. D., *de appellat.*, 49, 1. — Le principe est exprimé dans un grand nombre de passages : Fr. 3, § 11, D., *de peculio*, 15, 1. « Nam sicuti stipulatione contrahitur... ita judicio contrahi : proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem. » - Fr. 9. in f. D., *eodem*. - Fr. 35, D., de *noxal. act.*, 9, 4. - Fr. 16, § 6, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 4, § 6. 7, D., *de re judic.*, 42, 1. - Fr. 29, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 8, § 3, D., *de novat.*, 46, 2.

[4] Fr. 207, D., *de regulis juris*, 50, 17. - Fr. 25, D., *de statu hom.*, 1, 5. - Fr. 36, D., *fam. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 29, § 5, D., *mandati*, 17, 1. - F. 12, 3, D., *de bonis libertorum*, 38, 2. - Fr. 1, § 4, D., *de liberis exhibendis*, 43, 20. - Tit. C., *sententiam rescindi non posse*, 7, 50. — *Voy.* encore ci-après, t. II, §§ 277. 379.

donne lieu à des difficultés nombreuses, qui font de cette matière la partie la plus épineuse et la plus embarrassante du droit privé. Le cadre de notre cours nous défend d'aborder ces difficultés, qui ne sauraient être traitées qu'à l'aide d'une analyse approfondie des divers cas qui peuvent se présenter. Force nous est de nous borner ici à la simple indication des principes généraux.

Rappelons d'abord que le contenu du jugement est toujours déterminé par la *litis contestatio*, et que par suite son effet remonte au jour de cet acte de la procédure. Le jugement éteint définitivement et remplace le rapport obligatoire, à l'égard duquel la *litis contestatio* avait déjà, autant que possible, opéré novation [5]. L'effet du jugement peut donc également être considéré à deux points de vue : d'abord comme ayant définitivement terminé le litige, ensuite comme créant en faveur du gagnant un droit de créance dont il peut exiger l'exécution. Ce dernier effet, on le comprend, n'existe de fait qu'à l'égard du demandeur, et dans le cas seulement où le jugement porte condamnation; le premier, au contraire, est commun à tous les jugements, et peut agir en faveur des deux parties.

Traitons d'abord du droit que le jugement portant condamnation donne au demandeur gagnant. Le droit, comme nous l'avons vu, constitue en sa faveur une créance dont il peut exiger l'exécution, sans que l'adversaire soit recevable à contester de nouveau le fondement de l'action que la sentence a terminée. Si le débiteur n'exécutait pas dans les trente jours, le demandeur pouvait, dans l'ancien droit, demander qu'il lui fût adjugé au moyen de la *legis actio per manus injectionem*, dans laquelle le *judicatus* n'était admis à se défendre que pour autant qu'il fournit un *vindex* solvable. S'il n'en fournissait point, ou si ses moyens de défense se trouvaient n'être pas fondés, il était adjugé au demandeur, toutefois avec la faculté de se libérer dans les soixante jours. Ce délai expiré, il appartenait définitivement au créancier, qui pouvait disposer de sa personne [6]. Pour le cas où le débiteur condamné rendait la *manus injectio* impossible, en se tenant caché ou absent, le préteur donnait aux créanciers la possession de ses biens, afin de les faire vendre et de se faire payer sur le prix provenant de la vente [7]. Enfin, sous les empereurs, on trouva un moyen d'exécution plus simple, en généralisant la procédure de la *pignoris capio*, qui dans le système des *legis actiones* avait eu lieu dans certains cas déterminés. Le créancier pouvait ainsi saisir et vendre des objets appartenant au débiteur, sans

[5] GAIUS, III, 180. « ... Ante litem contestatam DARE debitorem oportere, post litem contestatam CONDEMNARI oportere, post condemnationem JUDICATUM FACERE oportere... » — LE MÊME, III, 181. IV, 106-108. - Fr. 1, D., *de re judicata*, 421. - Fr. 6, D., *de exc. rei jud.*, 44. 2.

[6] *Voy*. ci-dessus, § 130, nº 4, et ci-après, t. II, § 380.

[7] *Voy*. ci-après, t. II, §§ 380. 381.

qu'il fût besoin d'avoir recours à la mesure extrême de l'envoi en possession de son patrimoine [8]. Ces trois modes : — contrainte par corps, envoi en possession des biens, *pignoris capio* ou saisie de gages — se trouvent encore dans la législation de Justinien ; mais la saisie y apparaît comme la voie ordinaire à employer contre le débiteur dont l'insolvabilité n'est pas constante [9]. Le débiteur jouissait, au reste, pour s'acquitter, d'un délai que Justinien fixa à quatre mois pour les condamnations pécuniaires [10]. Si le jugement ordonnait la restitution d'un corps certain, la partie gagnante pouvait, au moins dans le droit nouveau, requérir la force publique à l'effet de se mettre en possession de la chose *manu militari* [11]. — Quand le défendeur s'opposait à l'exécution du jugement, le demandeur devait recourir à l'*actio judicati* pour faire cesser l'opposition [12]. Il va sans dire que dans cette procédure la contestation terminée par le jugement ne pouvait plus être agitée. Le défendeur n'avait que deux moyens de défense : d'abord de contester l'existence ou la validité du jugement [13], ensuite de soutenir que l'obligation créée par le jugement avait été éteinte par des faits postérieurs [14]. Pour prévenir toute chicane de sa part, l'ancien droit ne l'admettait à présenter sa défense qu'après qu'il eût fourni caution pour assurer l'exécution du jugement, *cautio judicatum solvi* [15], et le menaçait de la condamnation au double, pour le cas où il nierait faussement l'existence de la chose jugée [16].

Il nous reste à parler de l'effet que nous avons signalé ci-dessus comme étant commun à tous les jugements, et pouvant agir en faveur des deux parties. La chose jugée termine définitivement la contestation agitée dans

[8] *Voy.* ci-après, § 243.

[9] Contrainte par corps. L. 1. 8, C., *qui bonis cedere possunt*, 7, 71. - *Nov.*, 135, c. 1 et ci-après, t. II, § 380.— Envoi en possession des biens du débiteur. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 380-381. — Saisie de gages. *Voy.* ci-après, § 243.

[10] La loi des Douze Tables avait accordé au débiteur trente jours pour l'exécution du jugement, et, de plus, soixante jours pour se libérer de la captivité résultant de l'*addictio*. Le délai de soixante jours forme plus tard la règle, sauf au juge de l'abréger ou de le prolonger selon les circonstances. Fr. 2. 31, D., *de re judicata*, 42, 1. Enfin Justinien le porta à quatre mois pour toute condamnation pécuniaire. L. 2. 3, C., *de usuris rei judicatæ*, 7. 54. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 267, nº 2, d.

[11] *Manu militari*, § 2. I., *de officio judicis*, 4. 17. Cf., § 32. I., *de act.*, 4, 6. - Fr. 68, D., *de rei vind.*, 6, 1. - L. 21, C., *eodem*, 3, 32. - L. ult. C., *de fideic. libert.*, 7, 4. - L. 14, C., *de sententiis et interlocut.*, 7, 45. — Cf. Fr. 6, § 2, D., *de confessis*, 42, 2, et ci-après, § 205.

[12] Fr. 4, § 3. Fr. 5, 6, § 3. Fr. 43, D., *de re judicata*, 42, 1. - Cf. Fr. 28, § 8, D., *de jurejurando*, 12, 2.

[13] Fr. 1, pr. D., *quæ sententiæ sine appellat.*, 49, 8. - Fr. 75, D., *de judiciis*, 5, 1.

[14] Par exemple, par le payement effectué, par remise de l'*obligatio judicati*. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 376-377. Le défendeur pouvait aussi opposer une exception dilatoire, fondée sur ce que le délai accordé pour l'exécution n'était pas encore expiré. Fr. 7, D., *de re judicata*, 42, 1.

[15] Cette *cautio judicatum solvi*, remplaçait le *vindex* de la *manus injectio*, Gaius, IV, 25. 102. Elle a disparu dans le droit nouveau, § 5, I., *de satisdationibus*, 4.

[16] Gaius, IV, 9. 171. Cf. ci-après.

le procès : ce qu'elle déclare est désormais une vérité constante, et peut être invoqué par les intéressés comme un droit acquis et incontestable. Le plus souvent, elle protége ainsi contre une poursuite dont le but est contraire aux droits établis par le jugement [17], et c'est par ce motif que la principal titre du Digeste qui traite de cette matière porte l'inscription *De exceptione rei judicatæ* [18]; mais la chose jugée peut également servir de base à une action, ou fournir une réplique en faveur du demandeur [19].

Pour que l'on puisse faire valoir, comme nous venons de le dire, l'autorité de la chose jugée, il faut naturellement que le nouveau procès dans lequel elle doit servir porte sur le même rapport juridique, qui a été définitivement jugé par le jugement invoqué. La question de savoir si cette identité existe ou n'existe pas est une question de fait, dont la solution dépend des circonstances. Les Romains ont cherché à la résoudre par des régles générales, basées sur une analyse que nous allons soumettre à un examen rapide. D'aprés eux, l'identité nécessaire existe toutes les fois que la même contestation, *eadem quæstio* ou *res*, s'élève de nouveau entre les mêmes parties, *inter easdem personas* [20].

1° *Eadem quæstio*. Ce terme n'étant guére plus précis que celui qu'il devait servir à définir, on a cherché à y remédier en le soumettant à une nouvelle analyse, donnant comme éléments constitutifs les notions *idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi* [21]. Rien n'est plus facile que de se convaincre du vice que renferme cette analyse et du peu d'utilité qu'elle présente. Il est d'abord évident que les deux premiers éléments n'ont aucun caractère essentiel : l'objet et la quantité réclamés sont, dans bien des cas et notamment dans toutes les *actiones in personam*, des éléments purement accidentels du rapport juridique que l'on poursuit en justice. Il peut se faire que ce rapport soit le même dans deux espéces données, malgré la diversité des quantités et objets demandés [22]; comme, d'un

[17] Aussi dans le droit antéjustinien l'*exceptio rei judicatæ* figure ordinairement à côté de l'*exceptio rei in litem deductæ*, qu'elle remplace, comme le jugement remplace l'obligation de la *litis contestatio*. *Voy.* Gaius, IV, 180. 181. IV, 106-108 et ci-dessus, § 141.

[18] Tit. D., *de exceptione rei judicatæ*, 44, 2.

[19] Fr. 9, § 1. Fr. 24, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2.

[20] Fr. 7, § 4, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2. « Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, *vel alio genere judicii*. Et ideo, si hereditate petita, singulas res petat, vel singulis rebus petitis, hereditatem petat, exceptione summovebitur. » - Fr. 3, D., *eodem*.

[21] Fr. 3. 6. 7, pr., § 1. 2. 3. 4. Fr. 8. 14, pr. Fr. 21, § 1. Fr. 26. 30, D., *eodem*.

[22] Exemple, une obligation alternative, dans laquelle le choix appartient au créancier. Toute action résultant d'un droit d'obligation peut d'ailleurs, selon les circonstances, avoir pour but soit la prestation même qui fait l'objet de l'obligation, soit des dommages et intérêts dus pour cause d'inexécution, soit enfin une prestation quelconque comprise dans la prestation générale, par exemple la garantie des défauts dans le contrat de vente. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 255. 256. 261, *et passim.*, Cf. Fr. 25. § 1, D., *de except. rei jud.*, 44, 2. et ci-après, t. II, § 296.

autre côté, des rapports essentiellement distincts peuvent se rapporter à des objets et quantités identiques [23]. Le troisième élément, *idem jus*, est à la vérité essentiel; mais il absorbe à lui seul toute la notion à définir; il ne constitue dès lors plus qu'une tautologie oiseuse. Enfin, quant à la *causa petendi*, le terme est tellement vague, que déjà le jurisconsulte Neratius avait cherché à le préciser en ajoutant une épithète, *proxima causa petendi* [24]; ce qui, à vrai dire, servait plutôt à augmenter la difficulté qu'à la diminuer. D'ailleurs la *causa petendi* est, au fond, également comprise dans le *jus*, ce qui ressort bien clairement d'une argumentation de Paul, dans laquelle ce jurisconsulte développe une différence toute naturelle entre les *actiones in rem* et les *actiones in personam*, différence qui ne peut constituer une particularité que pour ceux qui admettent la considération de l'objet réclamé comme un élément essentiel de l'identité du rapport juridique. Voici cette argumentation [25]. Les *actiones in personam* sont fondées sur un droit d'obligation. Or, il est évident qu'entre deux personnes déterminées, des causes différentes peuvent faire naître plusieurs obligations différentes, quand même les prestations à faire par le débiteur seraient identiques dans toutes ces obligations. En d'autres termes, le même objet peut m'être dû plusieurs fois par la même personne : je puis avoir le droit d'exiger de Pierre telle maison, d'abord en vertu d'un contrat de vente, ensuite en vertu d'un legs fait en ma faveur. Mais chacune de ces causes constitue une obligation différente : si j'ai succombé dans mon action résultant du contrat, je n'en serai pas moins recevable à demander la maison, en exécution du legs [26]. Dans les *actiones in rem*, au contraire, il s'agit de la reconnaissance d'un droit dont l'identité est toujours déterminée par l'identité de l'objet. Ainsi la même chose ne peut point m'appartenir à plus d'un titre : dès que j'en suis propriétaire, je ne puis plus le devenir d'une autre manière. De même, si un jugement déclare que la chose m'appartient, je suis dès ce moment censé être propriétaire, et celui contre lequel j'ai obtenu le jugement ne pourra plus revendiquer la chose, en soutenant qu'il est propriétaire pour une autre cause que celle sur laquelle il s'était fondé dans le premier procès. Par contre, si un premier jugement a décidé que je ne suis pas propriétaire, je ne pourrai plus agiter de nouveau cette question [27].

[23] *Voy.* ci-après, notes 25. 26.

[24] Fr. 27, D., *de exceptione rei judicatæ*, 44, 2.

[25] Fr. 14, § 2, D., *eodem.* « Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur : at, cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur : nec enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. »

[26] Fr. 18, D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7.

[27] Fr. 11, § 1, D., *de except. rei jud.*, 44, 2. « 1. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex

Le même raisonnement s'applique à tous les droits qui servent de fondement aux *actiones in rem*, c'est-à-dire aux autres droit réels, aux droits personnels et au droit d'hérédité [28].

2° *Inter easdem personas.* Si l'axiome qui attribue au jugement la force de faire droit était une vérité absolue, la question des personnes se confondrait avec celle de l'identité du *jus*. La chose jugée qui statue sur un droit absolu et existant vis-à-vis de tous (droits personnels, droits réels et droit d'hérédité) devrait avoir son autorité à l'égard de tous; celle relative à un droit qui n'existe qu'à l'égard de certaines personnes déterminées (droits d'obligation) ne saurait agir qu'à l'égard de ces personnes. Cette conclusion s'applique rigoureusement aux sentences qui émanent de la souveraineté sociale, véritable source du *jus* : les jugements criminels font droit à l'égard de tous. Mais le bon sens ne saurait l'admettre dans les procès civils, dont l'initiative appartient aux particuliers, et dans lesquels, malgré l'intervention de l'autorité publique, rien ne garantit que la question litigieuse soit débattue de manière à donner satisfaction à tous les intérêts. Déclarer obligatoire pour tous une sentence obtenue sur l'initiative de deux particuliers, ce serait imposer à l'universalité des citoyens un droit à la confection duquel ils n'ont point concouru, et léser éventuellement des intérêts qui n'ont pu se défendre [29]. En présence de ce danger, augmenté par la faillibilité du juge, à qui sa mission sociale n'enlève pas la

hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. - Fr. 14. § 2, D., *eodem* (ci-dessus note 25). — Il est évident qu'il en serait autrement, si le fait sur lequel le demandeur fonde son droit dans la seconde procédure était survenu après le premier jugement. *Voy.* Fr. 11, §§ 4. 5. Fr. 14, § 1. Fr. 21, § 3. Fr. 25, pr. D., *eodem*. Telle est aussi l'espèce dont traite le Fr. 11, § 2, D., *eodem*. « Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, *causa adjecta*, non debet summoveri exceptione. » Ce passage combiné avec un *argumentum a contrario* tiré du Fr. 14. § 2. D., *eodem*, « ... at cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur » a fait croire aux interprètes que la règle énoncée dans notre texte et dans les passages cités au commencement de la note souffrait exception, quand le demandeur, dans la première action, avait déclaré expressément qu'il entendait se fonder sur telle cause déterminée. Au moyen de cette déclaration, dit-on, il se réserve le droit de pouvoir réclamer l'objet pour une autre cause, s'il succombe dans le premier procès. Bien que cette interprétation ne soit pas absolument contredite par les passages invoqués, nous la croyons pourtant inadmissible, comme contraire au principe fondamental de la matière, qui serait virtuellement détruit si l'on admettait les considérations d'équité sur lesquelles se fonde l'opinion énoncée. Les passages cités s'expliquent d'ailleurs de la manière la plus aisée, si on les interprète conformément au génie de la langue juridique des Romains, en traduisant *adjecta causa* par « une autre cause d'acquisition étant survenue » et la phrase du Fr. 14, § 2, D., citée, de la manière suivante : « dans les revendications, comme on n'y indique point expressément la cause d'acquisition sur laquelle on fonde son droit de propriété, toutes les causes d'acquisition sont *ipso facto* soumises à l'appréciation du juge. » *Voy.* ci-après, note 40, et ci-dessus, § 137, note 8.

[28] Fr. 11, pr. Fr. 30, pr. D., *de exceptione rei judicatæ*, 44, 2.

[29] Fr. 1, pr. D., *de requirendis vel absent.*, 48, 17. « ... Ne absentes damnentur.. » Cf. L. 5, C., *quibus res jud. non nocet*, 7, 56.

qualité d'homme, il a paru prudent de renoncer à l'application conséquente de l'axiome, et de restreindre l'autorité du jugement aux seules parties entre lesquelles il a statué, sauf à revenir au principe, quand la nécessité ou une grande utilité publique semblait l'exiger. — En règle générale, la chose jugée ne peut donc être invoquée que lorsque la même question se présente entre les mêmes personnes, *inter easdem personas* [30]. Il va sans dire que, en se servant de ces termes, on entend parler non pas de l'identité physique, mais de l'identité au point de vue du rapport juridique en question, ce que le législateur français indique en disant « les mêmes personnes agissant en la même qualité [31]. » Ainsi, la chose jugée agit pour et contre ceux qui, sans avoir été personnellement parties au premier procès, y étaient représentés par un mandataire, à l'égard duquel, par contre, le jugement est sans effet [32]. Il va sans dire que les successeurs *per universitatem* sont considérés comme ne faisant qu'une personne avec leur auteur; même les successeurs *in singulas res* doivent subir l'exception de la chose jugée à l'égard de leurs auteurs, comme ils peuvent s'en prévaloir : mais naturellement l'exception ne passe aux uns et aux autres que pour autant qu'ils aient succédé [33]. La règle que la chose jugée ne peut avoir d'effet à l'égard des tierces personnes est soumise à plusieurs exceptions, motivées par les considérations que nous avons indiquées ci-dessus : *a*. Le jugement prononcé dans une action populaire fait droit à l'égard de tout le monde [34]. *b*. Il en est de même de la chose jugée dans les questions d'état, pourvu que la première contestation ait été soutenue contre un adversaire sérieux et ayant qualité de contredire [35]. Encore l'autorité absolue de la chose jugée cesse-t-elle dans ce cas, si le rapport juridique reconnu dans le premier jugement est attaqué par le tiers en vue d'un autre droit

[30] Fr. 16, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4. - Fr. 63, D., *de re judicata*, 42, 1. - Fr. 10, D., *de except.*, 44, 1. - Fr. 1. 3. 7, § 4. Fr. 22. 29, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2. - L. 2. 3. C., *quibus rei judicata non nocet*, 7, 56. « Res inter alios judicatæ neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare... » — Lit. C., *inter alios acta vel judicatu aliis non nocere*, 7, 60.

[31] Fr. 16, D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. - Fr. 10. D., *de except.*, 44, 1. *Voy.* aussi ci-dessus, § 96, note 3.

[32] Fr. 27. 61. 66. D., *de procurat.*, 3, 3. - Fr. 56, D., *de judiciis*, 5, 1. - Fr. 11, § 7, D., *de except. rei jud.*, 44, 2. - L. 1, C., *quibus res judic. non nocet*, 7, 56. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 272, obs. — Pour le *procurator in rem suam. Voy.* Fr. 19, D., *de procur.*, 3, 3 et ci-après, t. II, § 273.

[33] Fr. 25, § 8, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 3, § 1. D., *de pignoribus*, 20, 1. - Fr. 7, § 1, D., *de except.*, 44, 1. - Fr. 6, § ult. Fr. 9, § 2. Fr. 10, 11, § 3. 9. 10. Fr. 28. 29, § 1, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2. - Fr. 16, § 1, D., *ratam rem haberi*, 46, 8. Cf. Fr. 10, D., *de except.*, 44, 1. — Il est inutile de faire observer que le jugement obtenu contre le successeur ne peut préjudicier à l'auteur. Fr. 9, § 2. Fr. 10, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2.

[34] Pr. 30, § 3, D., *de jurejurando*, 12, 2. « ... si non per collusionem actum sit. » - Fr. 3, pr. D., *de popular. act.*, 47, 23.

[35] A) Fr. 1, § 16. Fr. 2, 3, D., *de agnoscendis et alendis liberis*, 25, 3. - Fr. 1. 2. 4. 5, D.

qui en dépend et qui ne constitue pas une question d'état. *c.* Celui qui est déclaré héritier d'une personne acquiert par le jugement cette qualité à l'égard des légataires, des créanciers et des débiteurs de la succession. Il peut s'en prévaloir à son profit vis-à-vis de ces personnes, mais il est également tenu de l'accepter à son préjudice[36]. *d.* La chose jugée peut être opposée à celui qui a un intérêt dans une contestation qu'il savait être portée devant la justice, et dans laquelle il n'est pas intervenu malgré la connaissance qu'il en avait[37]. *e.* Enfin, l'indivisibilité d'un droit peut avoir pour effet de rendre la chose jugée décisive et obligatoire pour des personnes qui n'ont point figuré dans l'instance à la suite de laquelle le jugement a été prononcé[38].

Des considérations que nous venons de présenter, il résulte que l'analyse romaine dont nous nous sommes occupé est moins une théorie complète de la matière qu'un guide pratique, utile dans beaucoup de cas, mais insuffisant et même dangereux dans d'autres.

La question de l'identité, comme nous l'avons dit ci-dessus, est plutôt une question de fait que de droit, dont cependant la solution est toujours dominée par des règles juridiques. Pour la résoudre, il faut, dans chaque espèce, d'abord analyser soigneusement les éléments constitutifs du rapport juridique qui a été soumis à l'appréciation du juge, *jus in litem deductum*, et ensuite rechercher sur quels éléments a porté la sentence qui a été prononcée[39]. Le même travail d'analyse ayant été fait relativement à la nouvelle question qui se présente, il sera facile de constater s'il y a ou non identité.

de collusione detegenda, 40, 16. - Fr. 3, D., *eodem ;* « ... justo contradictore... » *Voy.* aussi l'observation qui termine la note suivante. - Les Fr. 25, D., *de statu hominum*, 1, 5, et Fr. 24, D., *de dolo malo*, 4, 3, ne sont pas décisifs pour la question. — B) Fr. 9, pr. 42, D., *de liberali causa*, 40, 12. - Fr. 1, 5. *si ingenuus dicetur*, 40, 14.

[36] Fr. 8, § 16. Fr. 17, § 1. D., *de inoff. test.*, 5, 2. - Fr. 3, pr. D., *de pignoribus*, 20, 1. - - Fr. 50, § 1, D., *de leg. I* (30). - Fr. 1, D., *de exc. rei jud.*, 44. 2. - Fr. 14, D., *de appellat.*, 49, 1. — Au reste notre principe ne souffre point application quand la personne contre laquelle le premier jugement a été obtenu était d'intelligence avec le prétendu héritier. Fr. 29, pr. D., *de inoff. test.*, 5, 2. - Fr. 5, § 1. Fr. 14, pr. D., *de appellat.*, 49, 1. Il en est de même lorsqu'elle s'est laissé condamner par défaut ou qu'elle a négligé d'interjeter appel. Ces deux faits, à la vérité, semblent être des indices suffisants de connivence. Fr. 17, § 1. Fr. 18, D., *de inoff. testam.*, 5, 2. - Fr. 50, § 1. D., *de leg. I.*, (30). - Fr. 14, § 1, D., *de appellat.*, 49, 1.

[37] Par exemple : le créancier hypothécaire qui sait que l'on revendique dans les mains de son débiteur la chose hypothéquée, et qui n'intervient pas dans le procès, doit subir l'exception de la chose jugée contre son débiteur. Le principe qui domine cette question est fort bien traité dans le Fr. 63, D., *de re judicato*, 42, 1, auquel nous renvoyons, avec l'observation que, dans le premier alinéa de ce fragment, on ne doit pas lire : *veluti si creditorem experiri passus sit debitor*, comme le fait la vulgate, mais *veluti si creditor experiri passus sit debitorem*. Cette dernière leçon se trouve dans les Pandectes Florentines et est confirmée par les Basiliques.

[38] Fr. 4, § 3, 4. Fr. 19, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. *Voy.* ci-après, §§ 210. 222. 225. — Nous aurons à parler ci-après, t. II, §§ 217. 345 des exceptions apparentes qui proviennent de la *corréalité* et des rapports particuliers résultant du *cautionnement*.

[39] Pour ne pas trop compliquer la matière, nous faisons abstraction ici de l'ancien droit,

C'est aussi ce procédé, à la fois rationnel et pratique, que, malgré la théorie exposée ci-dessus, les jurisconsultes romains paraissent avoir suivi dans les décisions qu'ils nous ont laissées, et c'est pourquoi ces décisions sont en général d'une justesse parfaite, bien que les motifs n'en paraissent pas toujours à l'abri de toute objection. — Dans l'examen de la question de savoir sur quoi a porté le jugement, nous devons nous laisser guider par les règles ordinaires en matière d'interprétation : d'où il résulte que, contrairement à l'opinion vulgaire, il est non-seulement permis, mais parfois indispensable de prendre en considération les motifs du jugement[40]. A ce propos, il est à remarquer qu'il faut, en général, procéder avec plus de précaution quand il s'agit d'un jugement absolutoire que dans le cas où la sentence contient condamnation. Car dans ce dernier cas le jugement renferme une déclaration positive, tandis que dans le premier la déclaration n'affirme rien, pas même toujours la non-existence du droit que le demandeur réclame[41]. — En ce qui concerne le rapport juridique même, dont il faut constater l'identité, il est évident que lorsqu'un premier jugement a statué sur l'existence d'un droit qui en comprend plusieurs autres, ou dont plusieurs autres dérivent nécessairement, la chose jugée pourra être opposée toutes les fois que l'un ou l'autre de ces derniers est mis en contestation dans un procès nouveau[42]. Dans cette question, comme dans toutes les autres qui peuvent

d'après lequel déjà le seul fait de la *in jus deductio*, abstraction faite du jugement à intervenir, pouvait avoir pour effet d'éteindre le droit qui avait servi de base à l'action. *Voy.* ci-dessus, § 141, notes 78 et suiv.

[40] Fr. 20, in f. D., *de exc. rei judicatæ*, 44, 2. « ... Nec obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum... nec judex in judicio sensisset... » - Fr. 7, § 1, D., *de compensationibus*, 16, 2. « Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio : nec enim rei judicatæ exceptio objici potest. Aliud dicam si reprobavit pensationem, quasi non existente debito : tunc enim rei judicatæ mihi nocebit exceptio. » - Fr. 8, § 2, D., *de negotiis gestis*, 3, 5. - Fr. 1, § 4, D., *de contraria tutelæ act.*, 27, 4. - Fr. 17, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2. « Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus quod probaveris sine dolo malo te desiisse possidere ; deinde postea cœperis possidere et ego a te petam : non nocebit mihi rei judicatæ exceptio. - Fr. 18. 30, § 1, D., *eodem*. - Fr. 12, § 2, D., *ad exhibendum*, 10, 4.

[41] Fr. 15, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2. « Si inter me et te controversia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego, nihil vetat, et me a te, et invicem te a me hereditatem petere : quod si post rem judicatam a me petere cœperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronunciatum sit, an contra. Si meam esse, nocebit tibi rei judicatæ exceptio, quia eo ipso quod meam esse pronunciatum est, ex diverso pronunciatum videtur tuam non esse : si vero meam non esse, nihil de tuo jure judicatum esse intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua. » - Fr. 9, pr. 17. 18. 30, § 1, D., *eodem* et Fr. 12, § 2, D. *ad exhibendum*, 10, 4.

[42] Fr. 3, D., *de exc. rei judicatæ*, 44, 2. « ... Si singulis rebus petitis hereditatem petit, vel contra, exceptione summovebitur. » - Fr. 7, pr., § 4, D., *eodem*. « Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatæ nocet : nam pars in toto est... nec interest, utrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure... Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso, vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. Proinde et si, etc... » § 4... vel ALIO GENERE JUDICII... - Fr. 20, § 1. 2. 3. Fr. 25, § 1.

s'élever, on doit appliquer les règles générales d'interprétation au résultat obtenu par l'analyse des éléments subjectifs et objectifs du droit dont s'agit, tout en tenant compte des dispositions positives de nos lois, en ce qui concerne l'identité des personnes [43].

DES CAUTIONS ET DES ENVOIS EN POSSESSION.

§ 156.

Pour garantir des droits actuels ou éventuels, le magistrat romain avait recours à des moyens indirects qui, selon les circonstances, pouvaient aussi servir de moyen de contrainte et d'exécution. Parmi eux nous remarquons surtout les cautions et les envois en possession.

Les *cautiones* avaient surtout pour but de rendre possible la poursuite d'une instance, et par suite d'assurer l'exécution d'une obligation, ou de prémunir contre un dommage à venir [44]. Dans l'ancien droit, on employait aussi ce moyen pour infliger une peine au plaideur téméraire. L'exemple le plus ancien en est le *sacramentum* [45]; le système formulaire nous montre encore des *cautiones pœnales* dans les interdits et dans les procès tendant à la poursuite d'une dette d'argent [46]. Le droit nouveau ne connaît plus que les cautions destinées à faciliter et à assurer l'exécution d'une obligation ou l'engagement et la poursuite d'une instance, *cautiones prœjudiciabiles* [47]. Nous avons déjà eu l'occasion d'en mentionner quelques espèces [48].

Fr. 26, pr., § 1, D., *eodem*. — Mais *voy.* aussi Fr. 11, § 6, D., *eodem*. « Si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum aliud videri tunc petitum, atque ideo exceptionem rei judicatæ cessare. » - Fr. 14, § 3, D., *eodem*. « Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem : quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. » - Fr. 31, D., *eodem*. « Paulus respondit, ei, qui in rem egisset, nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei judicatæ. » - Fr. 14, § 1. Fr. 20. 21, pr., § 3. Fr. 25, D., *eodem*.

[43] *Voy.* ci-dessus, n° 2, notes 34-38.

[44] Dans un sens plus étendu, le mot *cautio* comprend tout ce qui peut nous donner une sûreté quelconque, *ut quis cautior et securior sit*. Fr. 1, § 4, D., *de stipulationibus prætoriis*, 46, 5. Dans ce sens, il sert aussi à désigner des reconnaissances par écrit et même des quittances. Fr. 40, D., *de rebus creditis*, 12, 1. - Fr. 15, D., *de probat.*, 22, 3. - L. 3, C., *de verb. signif.*, 6, 38. *Voy.* aussi ci-dessus, § 120, note 22, et ci-après, t. II, §§ 330. 339.

[45] *Voy.* ci-dessus, § 130, note 44.

[46] *Stipulatio, restipulatio.* A) Pour les interdits. *Voy.* ci-après, § 157, notes 74 sqq. — B) Pour les poursuites d'une somme d'argent : Cic., *pro Roscio comœdo*, 4. 5.—Gaius, IV, 171. « ... Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de *pecunia certa credita* et *pecunia constituta* : sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ, partis dimidiæ ; » et ci-après, § 161, note 73.

[47] Gaius, IV, 93. 94.

[48] *Voy.* ci-dessus, § 130, note 55 ; § 133 *passim* ; § 155, note 15.

D'autres exemples se présenteront dans la suite de l'ouvrage [49]. La plupart de ces cautions étaient imposées [50] aux parties par le préteur, d'autres par le *judex;* d'autres enfin étaient communes tant à la procédure *in jure* qu'à celle *in judicio.* Cette distinction a naturellement perdu toute importance depuis la disparition de *l'ordo judiciorum,* mais elle n'en figure pas moins encore dans la compilation de Justinien [51]. — Abstraction faite du *sacramentum,* qui se faisait anciennement par le dépôt effectif d'une somme d'argent, les cautions étaient fournies soit au moyen d'une personne solvable, qui répondait du défendeur (*vindex, vades, præs,* plus tard *sponsor, fidepromissor, fidejussor* [52]), soit par un simple engagement que le débiteur contractait dans la forme usitée de la *stipulatio,* et qui était parfois confirmé par serment, *cautio juratoria* [53]. En général, la promesse par *stipulatio* suffit, mais quand la loi exige *cautio idonea*, le débiteur doit fournir la garantie au moyen d'un fidéjusseur ou d'un gage [54]. Le mot *satisdatio* désigne spécialement la caution par fidéjusseurs, quoiqu'il comprenne souvent aussi la garantie réelle, et même la simple caution promissoire [55]. — Par des dispositions particulières, le fisc est dispensé de toute caution. Les villes et les personnes qui possèdent des immeubles d'une valeur suffisante ne sont tenues que de la caution promissoire [56].

[49] Par exemple : la *cautio judicatum solvi* dans les actions qui tendent à faire valoir un droit réel, §§ 203. 204. 207. 222. 223; la *cautio ne amplius turbetur*, §§ 175. 207. 222. 223; les *cautiones cognitoriæ et procuratoriæ*, t. II, § 272 obs.; les *cautiones damni infecti*, et en matière de *operis novi nunciatio*, t. II, § 364; la *cautio rem pupilli salvam fore*, t. III, § 428; les cautions en matière de legs, t. III, § 502.

[50] *Imposées* par l'autorité et appelées pour ce motif *necessoriæ*, en opposition à celles dont les parties conviennent librement. Fr. 7, § 1, D., *qui satisdare cogantur*, 2, 8.

[51] *Cautiones prætoriæ, judiciales* et *communes*. § 1. 2. 4. I., *de divisione stipulationum*, 3, 18. - Fr. 5, pr. D., *de verborum obligat.*, 45, 1. — Les cautions prétoriennes sont encore subdivisées. Fr. 1. pr., § 1. 4, D., *de stipulationibus prætoriis*, 46, 5. « Prætoriarum stipulationum tres videntur esse species : judiciales, cautionales, communes. 1. *Judiciales* eas dicimus, quæ propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, judicatum solvi, et ex operis nunciatione. 2. *Cautionales* sunt autem quæ instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt : ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. 3. *Communes* sunt stipulationes, quæ fiunt judicio sistendi causa. 4. Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse : hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit, et securior interposita stipulatione. »

[52] *Voy.* ci-dessus, § 120, note 22; § 133, *passim*, et pour les fidéjusseurs, t. II, § 343.

[53] § 2, I., *de satisdat.*, 4, 11. - Fr. 2, § 3, D., *quod legatorum*. 43, 3. - Fr. 1. § 5, D., *de stip. præt.*, 46, 5. - L. 3, § 3 in f. C., *de privil. scholarum*, 12, 30.

[54] Fr. 1, § 8, D., *de stip. præt.*, 46. 5.- L. 3, C., *de verb. signif.*, 6, 38.—Fr. 21, § 2 in f. D., *de constituta pecunia*, 13, 5. - Fr. 59, § 6, D., *mandati*, 17, 1. - Fr. 4. § 8, D., *de fideicommissaria libertate*, 40, 5.

[55] Fr. 1, D., *qui satisd. cog.*, 2, 8. - Fr. 1, § 9, D., *de collat.*, 37, 6. - Fr. 4, § 8, D., *de fideic. libert.*, 40, 5. - Fr. 1, § 5, D., *de stip. præt.*, 46, 5. - Fr. 61, D., *de verb. sign.*, 50, 16.

[56] Fr. 3, § 5, D., *si cui plus quam lege Falcid. lic.*, 35, 3 (Fr. 2, § 1, D., *de fundo dot.*, 23. 5) - Fr. 6, § 1, D., *ut legat. causa caveatur*, 36, 3. - Fr. 15. D., *qui satisdare cog.* 2, 8. - L. 26, § 6, C., *de episc. audientia*, 1. 41. - L. 4, § 1, C., *de sportulis*, 3, 2.

Un moyen plus efficace que les cautions était l'envoi en possession des biens du défendeur, *missio in possessionem*. Le préteur avait recours à ce moyen quand la personne à qui une caution était imposée refusait de la fournir, ou n'exécutait pas celle qu'elle avait donnée [57]. Il en usait également pour conserver aux personnes intéressées des droits éventuels sur une hérédité [58]. Enfin, c'était le moyen extrême qu'on accordait aux créanciers à l'effet de se faire payer sur les biens d'un débiteur insolvable ou récalcitrant [59]. L'objet de la *missio in possessionem* pouvait être une ou plusieurs choses déterminées, ou bien le patrimoine entier d'une personne. Dans ce dernier cas, elle s'appelait de préférence *missio in bona*.— Les effets de la *missio in possessionem* différaient selon le but qu'on se proposait d'atteindre [60]. Régulièrement, elle donnait à ceux qui l'obtenaient le droit de se mettre en possession des biens auxquels elle se rapportait, et de les conserver pour sûreté de leurs droits actuels ou éventuels [61] ; voire même de les vendre et de se faire payer sur le produit de la vente [62]. Parfois l'impétrant obtenait, au moyen de l'envoi, la propriété des biens dont la possession lui avait été accordée [63]. Dans tous les cas, le préteur protégeait, en attendant la réalisation du but à atteindre, les personnes auxquelles il avait accordé la possession par des actions spéciales, *interdicta* et *in factum actiones*, et même au moyen de la force publique [64].

[57] Exemple : dans les divers cas mentionnés ci-dessus, § 133 *passim;* dans la revendication, quand le défendeur refusait de se défendre ou de fournir caution *de re restituenda* (ci-après, § 203) ; dans le *domnum infectum* (ci-après, t. II, § 364) ; pour sûreté du payement d'un legs, *legatorum servandorum causa* (t. III, § 502).

[58] *Voy.* ci-après, t. III, § 478.

[59] Envoi en possession des créanciers *bonorum vendendorum causa* (t. II, § 380), et saisie d'objets particuliers appartenant au débiteur (ci-dessus, § 155, note 8, et ci-après, § 243).

[60] Le Fr. 1, D., *quibus ex causis in possessionem eatur*, 42, 4, analyse les différents cas d'envoi en possession et établit, suivant le but qu'il s'agit d'atteindre, les quatres catégories suivantes : 1° *rei servandæ gratia*, catégorie générale comprenant tous les cas qui ne rentrent pas dans les trois rubriques suivantes ; 2° *legatorum servandorum causa* ; 3° *hereditatis tuendæ causa ;* 4° *damni infecti nomine.*

[61] Cette possession ne constitue, au reste qu'une simple détention et ne donne pas droit aux interdits possessoires. Fr. 3, § 23. D., *de acquir. possess.* 41, 2. - Fr. 11. D., *quibus ex causis in possessionem eatur*, 42, 4 - Fr. 3. § 8. D., *uti possidetis*, 43, 17.

[62] Cette faculté de vendre éventuellement qui donne à l'envoi le caractère d'un droit de gage, *pignus prætorium*, se rencontre dans les cas mentionnés à la note 59, ainsi que dans la *missio damni infecti nomine* et dans celle qui se fait *legatorum servandorum causo*. *Voy.* ci-après § 243 ; t. II, § 364 ; t. III, § 502.

[63] Par exemple, dans la *missio damni infecti nomine ex secundo decreto;* ainsi que dans l'adjudication de l'esclave ou de l'animal noxal et dans l'achat des biens d'un débiteur insolvable. Le même résultat est obtenu par la *Bonorum possessio*, qui se donne à l'héritier prétorien, et dont nous n'avons point à nous occuper ici, parce qu'elle est autre chose qu'un acte de procédure. *Voy.* sur ces divers cas ci-après § 178, C., 2, - t. II, §§ 364. 366. 380. t. III, §§ 440. sqq.

[64] Tit. D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, 43, 4. - Fr. 5. § 27. D., *ut in possessionem legatorum causa esse liceat*, 36, 4.

DES INTERDITS *.

§ 157.

Interdictum est originairement une ordonnance par laquelle le magistrat défend de faire quelque chose. Par extension, le terme a servi à désigner une procédure qui, sous certains rapports, différait de la procédure ordinaire.

L'origine des interdits doit être attribuée à la nécessité de garantir certaines manifestations de la volonté individuelle, qui, sans avoir le caractère précis d'un droit, méritaient cependant d'être protégées contre des empêchements ou attaques arbitraires. Ne pouvant, au moins dans l'origine, donner à cet effet une action, puisque le fondement légal faisait défaut, le préteur usait de son *imperium* et lançait une ordonnance contre celui qui avait opposé l'empêchement ou s'était rendu coupable de l'attaque [65]. Il est tout naturel que les premières ordonnances de cette nature aient été des défenses, *interdicta*; mais bientôt le préteur alla jusqu'à ordonner des faits positifs. Les ordonnances de ce dernier genre s'appelaient *decreta*; cependant le mot *interdicta* s'employait fréquemment pour les deux espèces, et il est resté dans le droit nouveau comme terme technique pour désigner l'institution [66]. C'est probablement aux choses divines et publiques que les magistrats appliquaient en premier lieu ce moyen de protection. Personne, en effet, ne peut prétendre avoir un droit déterminé par rapport à ces choses, et pourtant il se peut que quelqu'un nous lèse, en nous empêchant d'en faire l'usage qui compète à tout le monde. Une défense du préteur lèvera l'obstacle qui nous est arbitrairement opposé [67].

* Gaius, IV, 1. — Paul, V, 6. - Tit. I, *de interdictis*, 4, 15. - Tit. D., *de interdictis, sive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt*, 43, 1. - Tit. C., *de interdictis*, 8, 1. — Cf. aussi les deux Oraisons de Cicéron, *pro Cæcina* et *pro Tullio*.

[65] Gaius, IV, 139. « Certis igitur ex causis prætor aut proconsul *principaliter* (c'est-à-dire sans intervention du juge) auctoritatem suam finiendis controversiis proponit... et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri probibet. Formulæ autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, *interdicta decretave* vocantur. »

[66] Gaius, IV, 140. Les deux termes sont distingués avec soin dans la lex de Gallia cisalpina, c. 19, au commencement, et au Fr. 1, pr. D., *de tabulis exhib.*, 43, 5. Cependant, au Fr. 1, pr. D., *ut in flum. publ.*, 43, 14, le mot *interdictum* est déjà employé pour désigner un *decretum*, et dans le droit nouveau ce terme est devenu général pour désigner la procédure dont nous parlons. § 1, I., *de interdictis*, 4, 15. — Au reste, l'étymologie du mot *interdictum* est trop claire pour que nous ayons besoin de réfuter Théophile qui le fait dériver de ce que la procedure se fait *inter duos*, et d'autres qui le mettent en rapport avec *interim*, comme l'*Interprétation Visigothe* sur Paul, V, 6, 1, et Isidore, *orig.*, V, 25.

[67] Fr. 1, pr. Fr. 2, § 1. D., *h. t.*, 4. 3. - Tit. D., *de mortuo inferendo et sepulcro faciendo*, 11, 8. - Tit. D., *ne quid in loco sacro fiat*, 43, 6. — Tit. D., *ne quid in loco publico vel itinere fiat*,

Le même moyen servait à assurer l'exercice de certains droits personnels ou individuels qui n'appartenaient pas, rigoureusement parlant, à l'ordre de la famille romaine, et ne pouvaient par conséquent donner lieu à une action régulière [68]. Enfin l'application la plus importante des interdits en matière de droit privé est naturellement celle qui fut faite à des rapports juridiques, présentant un intérêt patrimonial ou pécuniaire, *quæ ad rem familiarem spectant*, et parmi lesquels nous avons surtout à distinguer la possession [69].

Dans le principe, il n'y avait certes point de règles générales, déterminant les cas dans lesquels des décrets de ce genre pussent être obtenus : c'était au magistrat d'apprécier les faits dont on se plaignait, et de décider ensuite si l'interdit devait être accordé. Cependant, les préteurs ne tardèrent pas à faire connaître dans leurs édits les conditions auxquelles ils subordonnaient cette faveur [70]; et dès lors il pouvait y avoir lieu à constituer un *judicium* comme dans la procédure ordinaire. Celui contre lequel l'interdit était demandé [71] pouvait, en effet, contester soit l'existence des conditions requises dans la personne du demandeur, soit les faits que celui-ci lui reprochait [72]. Dans ce cas, la conception de l'interdit était conditionnelle, comme celle de la condamnation dans les actions ordinaires,

43, 8. - Tit. D., *de loco publico fruendo*, 43, 9. - Tit. D., *de via publica et itinere publico reficiendo*, 43, 11. - Tit. D., *de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur*, 43, 12. - Tit. D., *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti æstate priore fluxit*, 43, 13. - Tit. D., *ut in flumine publico navigare liceat*, 43, 14. - Tit. D., *de ripa munienda*, 43, 15. - Fr. 1, § 38, *verb.*, ait Prætor : QUO EX CASTELLO..... AQUAM DUCERE. D., *de aqua quotidiana et æstiva*, 43; 20. - Fr. 1, § 15. 16, *verb.* QUOD IN CLOACA PUBLICA, D., *de cloacis*, 43, 23. - *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 365.

[68] *Interdictum de libero homine exhibendo.* Cet interdit est *populare, libertatis tuendæ causa*, ne homines liberi retineantur a quoquam. » § 1, 1., *h. t.*, 3, 13. Cf. Tit. D., *de libero homine exhibendo*, 43, 29.— Tit. D., *de liberis exhibendis item ducendis*, 43, 30. *Voy.*, § 1, 1., *h. t.*, et ci-après, t. II, § 362. — *Interdictum de liberto exhibendo*, per quod prætor jubet exhiberi libertum cui patronus operas indicere velit. » GAIUS, IV, 162. - § 1, 1., *h. t.* — *Interdictum*, quo jubet prætor exhiberi eum, cujus de libertate agitur, § 1, 1., *h. t.* Cf. Fr. 12, pr., D., *ad exhibendum*, 10, 4.

[69] *Voy.* pour les interdits possessoires ci-après, §§ 174-176. Pour les autres interdits appartenant à cette catégorie, dont plusieurs remontent sans aucun doute à la plus haute antiquité, *voy.* ci-après, t. II, §§ 364. 365, t. III, §§ 453. 489. 502, et *passim*.

[70] Ou, pour nous servir d'une expression empruntée à la *Bonorum possessio hereditaria*, dans le principe les *interdicta* étaient *decretalia*, mais ils finirent par devenir *edictalia*. *Voy.* ci-après, t. III, §§ 453. 454.

[71] Régulièrement, les interdits n'étaient accordés qu'après un débat contradictoire entre les deux parties. Cependant « *interdictum de libero homine exhibendo* et in absentem esse rogandum Labeo scribit; sed si non defendatur, in bona ejus eundum est. » Fr. 3, § 14, D., *de libero homine exhibendo*, 43, 24, et ci-dessus, note 67.

[72] Ainsi, dans un *interdictum retinendæ possessionis*, le défendeur pouvait contester en général la possession du demandeur, ou bien soutenir que la possession du demandeur était vicieuse vis-à-vis de lui défendeur, ou enfin nier les faits de trouble que le demandeur lui reprochait. *Voy.* ci-après, § 175.

c'est-à-dire qu'il ne devenait définitivement obligatoire que pour autant que le juge eût constaté la réalité des allégations produites à l'appui de la demande. Deux hypothèses étaient donc possibles. Le défendeur pouvait se soumettre volontairement à l'ordonnance du préteur; dès lors tout était terminé. Mais il pouvait aussi devant le préteur contester le fondement de la demande, ou refuser plus tard l'exécution de l'ordre donné: dès lors il y avait nécessité de faire décider par un juge ou par des récupérateurs si les conditions supposées dans l'ordonnance du préteur existaient réellement. Dans cette dernière hypothèse, on suivait la procédure ordinaire [73], et tout se passait comme dans les *in factum actiones*, à la différence près que les débats étaient précédés d'une ordonnance du magistrat [74].

La procédure présentait cependant encore cette particularité, que les interdits proprement dits, *interdicta prohibitoria*, donnaient toujours lieu à des cautions pénales, et qu'il en était de même dans les autres interdits, toutes les fois que le défendeur, sans avoir contredit devant le préteur, n'exécutait pas volontairement l'ordonnance donnée. Quelle était la portée de cette mesure, et d'où provenait la différence que nous venons de signaler? Nous croyons trouver la réponse à cette question dans la nature des faits qui donnent lieu à la contestation. L'interdit prohibitoire imposait à la personne contre laquelle il était obtenu le devoir de s'abstenir, jusqu'au jugement, de tout acte contraire à la défense que l'ordonnance renfermait. L'obtention du décret avait donc pour effet de restreindre provisoirement la liberté du défendeur [75]. Or, il ne doit pas être permis au premier venu

[73] GAIUS, IV, 141. « Nec tamen, cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit (prætor), statim peractum est negotium : sed ad judicem recuperatoresve itur, et tum, ibi editis formulis, quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum (i. e. decretum vel interdictum) factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit... » — Les commentaires de GAIUS, IV, 139-170 ne laissent plus aucun doute sur le point autrefois fort contesté, que les interdits se jugeaient *judicio ordinario* quand le défendeur ne se soumettait point à l'ordonnance. Cela résulte encore d'une manière incontestable des passages suivants : « Ad interdictum, id est jure ordinario, litigatur. » FRONTIN, *de limit. agr.* (p. 41. 56. éd. Goes., p. 15, éd. Giraud). - « Interdicti *formula* litigatur. » AGGENUS, *de controv. agr.* (p. 68, éd. Goes., p. 46, éd. Giraud).- « Si eum per interdictum ad jus *ordinarium* remiserit. » Fr. 1, § 2, D., *si ventris nomine*, 25, 5. - Fr. 1, § 41, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 3, § 11, D., *uti possidetis*, 43, 17.- Fr. 15, § 7. Fr. 21, pr. D., *quod vi aut clam*, 43, 24. - Fr. 22, § 1, D., *de precario*, 43, 26. - Fr. 3, § 3, D., *de liberis exhibendis*, 43, 30 et THÉOPHILE, ad Pr. I., *de interdictis*, 4, 15.

[74] GAIUS, IV, 141. « ... Et modo cum pœna agitur, modo sine pœna : cum pœna, velut cum per sponsionem agitur; sine pœna, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet : ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quæ arbitraria vocatur. »

[75] Aussi GAIUS, IV, 164 « ... Actor provocat adversarium sponsione... ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur... » Le § 166 *ibidem* contient un exemple d'une pareille gageure; mais on n'y distingue point les rôles du demandeur et du défendeur, parce qu'il s'y agit d'un *interdictum duplex* (ci-après note 86) : QUÆ ADVERSUS EDICTUM PRÆTORIS INTERDICENTIS

de porter arbitrairement pareille atteinte à la liberté individuelle : il ne peut le faire qu'en déclarant qu'il est prêt à subir une peine pécuniaire, au cas que sa demande serait trouvée dénuée de fondement, et c'est à cet effet qu'il doit provoquer l'adversaire à une *sponsio pœnalis* [76]. Il n'en est pas de même des autres ordonnances qui imposent au défendeur l'obligation d'un fait positif, ordinairement une restitution ou exhibition, *interdicta exhibitoria* et *restitutoria*, et dans lesquels les choses restent dans le *statu quo* jusqu'à ce que le défendeur s'exécute. Là, il s'agit moins de se garder des chicanes du demandeur que de vaincre ou de prévenir le mauvais vouloir de la partie adverse. Si elle contredit loyalement devant le préteur, et montre sa bonne volonté en demandant que la contestation soit régulièrement examinée et jugée, le besoin d'une mesure spéciale n'existe point : le préteur donnera une formule qui sera arbitraire dans tous les cas où il s'agit de restitution et d'exhibition. Quand, au contraire, le défendeur laisse porter l'ordonnance sans contester, et que néanmoins il refuse d'y obtempérer, le demandeur a le droit de le provoquer à fournir une caution pénale, dont il devra payer le montant s'il succombe dans le *judicium*, abstraction faite de la condamnation qui peut lui imposer la restitution ou l'exhibition qui constitue le véritable objet de la demande [77].

L'élément pénal qui domine cette procédure devait avoir pour effet d'amener, dans la plupart des cas, la soumission volontaire du défendeur qui se sentait coupable. C'est probablement pour ce motif que des constitutions impériales vantent la nature expéditive des interdits [78] ; car rien n'indique que dans le cas où il fallait constituer un *judicium* la procédure ait eu une marche plus rapide que dans les actions ordinaires [79]. C'est encore sans doute cet avantage indirect qui empêcha les interdits de tomber en désuétude, alors que par suite de la création d'actions nouvelles qui se prêtaient à toutes les exigences de la vie sociale, l'emploi de tout moyen

NOSIA FACTA ABSENT, INVICEM NI AMBOBUS RESTITUANTUR. *Voy.* encore pour la *sponsio*, ci-après, § 203.

[76] Gaius, IV, 162. « Igitur cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur... modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. 163. Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria... » 164. Observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex jure exeat, id est, antequam a prætore discedat. Sero enim petentibus non indulgebitur. »

[77] Gaius, IV, 165. « ...Si arbitrum non petierit (antequam ex jure exeat, id est, antequam a prætore discedat) sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. Nam actor provocat adversarium sponsione, si contra edictum prætoris non exhibuerit, aut non restituerit : ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. Deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario ; ille huic invicem restipulationis... »

[78] « Beneficio celeritatis inventum. » L. 22. Th., C., *quorum appellationes*, 2, 36. — « Omnibus frustrationibus amputatis. » L. 3, J. C., *quorum bonorum*, 8, 2.

[79] Sauf peut-être dans les cas où le *judicium* avait lieu devant des récupérateurs. Ci-dessus note 72 combinée avec § 36, note 53.

extraordinaire put paraître inutile. L'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*, et par suite des cautions dont nous venons de parler, fit disparaître ces différences. Aussi, la législation de Justinien nous dit-elle, d'une part, que, dans les interdits, le décret du magistrat est sous-entendu et n'a plus besoin d'être donné expressément; d'autre part, que tous les procès se jugent à l'instar des interdits [80]. En un mot, bien que le terme technique consacré par un usage séculaire ait été maintenu, il n'y a, en réalité, dans le droit nouveau, aucune différence entre les actions ordinaires et les interdits, qui se confondent d'autant plus facilement avec les *in factum actiones*, qu'ils sont, comme celles-ci, de leur nature des actions personnelles [81].

Les interdits, comme nous l'avons dit au commencement, peuvent se rapporter soit à des choses publiques ou religieuses soit à des intérêts privés [82]. Abstraction faite de cette classification qui n'a guère d'importance pratique, nos sources mentionnent encore d'autres divisions.

1° *Interdicta prohibitoria*, *restitutoria*, *exhibitoria*. Les premiers sont ceux par lesquels le magistrat défend de faire quelque chose, et qui, dans l'origine, s'appelaient *interdicta* par excellence; les *restitutoria* et *exhibitoria* tendent à obtenir la restitution ou l'exhibition d'une chose, et formaient anciennement la catégorie des *decreta* [83].

[80] § 8, I., *h. t.* « ... Perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. - L. 17, C., *de act. emti*, 4, 49. - L. 3, C., *h. t.*, 8, 1. « ... Interdicta autem, licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum earum res agitur. » - L. 2, C., *unde vi*, 8, 4. - Cf. Fr. 37, pr. D. D., *de obl. et act.*, 44, 7. « ... Interdicta quoque actionis verbo continentur. »

[81] Fr. 1, § 3, D., *h. t.* « Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. » Le mot *licet*, dans ce passage, doit se traduire par *alors même que*.—La plupart des interdits, en effet, bien qu'étant des *actiones in personam*, ne contiennent pas le nom du défendeur dans l'*intentio*, par la raison qu'ils ne sont pas fondés sur un *droit* proprement dit, et que dès lors l'action et la personne du défendeur ne sont données que par la *lésion*. *Voy.* ci-dessus, notes 64 sqq. combinées avec § 157, note 8.

[82] Fr. 1, pr., D., *h. t.* « ... Et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. *Divinis*, ut de locis sacris, vel de locis religiosis. De *rebus hominum* interdicta redduntur aut de his quæ sunt alicujus, aut de his quæ nullius sunt. Quæ sunt *nullius* hæc sunt : liberæ personæ, de quibus exhibendis, ducendis interdicta competunt. Quæ sunt *alicujus* hæc sunt : aut publica, aut singulorum. *Publica* de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis. Quæ autem *singulorum* sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum Quorum bonorum : aut ad singulas res... » - Fr. 2, § 1, D., *eodem*. « Interdicta autem competunt vel hominum causa, *vel divini juris, aut de religione*, sicut est, *Ne quid in loco sacro fiat*... Hominum causa competunt, vel ad publicam utilitatem pertinentia, vel sui juris tuendi causa, vel officii tuendi causa, vel rei familiaris. Publicæ utilitatis causa competit interdictum, *Ut via publica uti liceat et flumine publico* et *Ne quid fiat in via publica*. Juris sui tuendi causa, *De liberis exhibendis* et *De liberto exhibendo*. Officii causa, *De homine libero exhibendo*. Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur. » *Res familiaris* signifie les rapports *patrimoniaux*. *Voy.* ci-après, note 85, § 174, et t. III, § 383.

[83] Gaius, IV, 142. - § 1. I., *h. t.* - Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « ... Sunt tamen quædam interdicta et mixta, quæ et prohibitoria sunt et exhibitoria. »

2° *Interdicta adipiscendæ, retinendæ* et *recuperandæ possessionis*. Cette division, qui ne se rapporte qu'aux interdits ayant pour objet des intérêts patrimoniaux ou pécuniaires, *quæ ad rem familiarem spectant*, trouvera son explication plus tard [84].

3° *Interdicta simplicia* et *duplicia*. La signification de ces termes est la même que celle que nous avons donnée en parlant des *judicia simplicia* et *duplicia*. Il est à remarquer que les interdits simples forment la règle; il n'y en a de doubles que parmi les interdits prohibitoires [85].

Observation. Par suite des renseignements insuffisants qui se trouvent dans le corps de droit de Justinien, et qui n'ont été complétés que par la découverte de Gaïus, les jurisconsultes des siècles derniers n'étaient guère à même de se former une idée exacte sur la matière que nous venons d'exposer. La circonstance que les interdits les plus importants se rapportent à la possession les engagea à considérer comme inhérentes à la nature des interdits des particularités qui ne se rencontrent que dans les actions possessoires, et donna lieu à des erreurs plus ou moins graves, qui ont même réagi sur les législations modernes [86]. Ils avaient été amenés ainsi à trouver aux interdits un caractère tout à fait extraordinaire, tandis que l'expérience de la vie commune aurait dû leur apprendre que des ordonnances de ce genre sont presque inévitables, par suite des besoins pratiques auxquels toute législation doit répondre. Ainsi, nous trouvons en droit français les référés, moyens de droit qui, sans avoir subi la moindre influence du droit romain, présentent une très-grande ressemblance avec les interdits. L'analogie qui existe entre ces deux institutions est telle que nous sommes tenté de croire qu'elles seraient presque identiques, si le droit français avait admis la séparation *in jus* et *judicium*, sous l'influence de laquelle les interdits romains se sont développés.

[84] Gaius, IV, 143. - § 27, I., *h. t.*, 4, 15 - Fr. 2, § 3, D., *eodem*, 43, 1. « Hæc autem interdicta, quæ ad rem familiarem spectant, aut adipiscendæ sunt possessionis, aut recuperandæ, aut retinendæ possessionis..... Sunt interdicta (ut diximus) duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis. » La dernière phrase de ce texte a beaucoup embarrassé les jurisconsultes modernes, jusqu'à ce que la découverte d'un fragment d'Ulpien dans un manuscrit de Vienne, par M. Endlicher, ait confirmé la proposition qu'elle renferme par deux exemples d'interdits *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*. *Voy.* Ulpiani *fragmentum vindobonense*, p. 264 de la collection de M. Blondeau, et ci-après, § 204, ainsi que t. III, § 487. — Dans l'ancien droit, au reste, l'*interdictum utrubi* pouvait être à la fois *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*. *Voy.* ci-après, § 175.

[85] Gaius, IV, 156. - § 7, I., *h. t.* - Fr. 2, § ult. D., *eodem*. *Voy.* ci-dessus, § 140, n° III.

[86] *Voy.* sur cette question, M. de Savigny. Traité de la possession, § 34. — Zimmern, *Traité des actions*, §§ 71 et suivants.

DE LA RESTITUTION EN ENTIER *.

§ 158. *Notion, et conditions requises.*

Nous avons eu bien des fois l'occasion de faire remarquer l'extrême rigueur du *jus civile*, dans lequel ordinairement la forme emportait le fond. En effet, un acte librement consenti par les parties pouvait souvent ne pas sortir ses effets ; mais, par contre, souvent aussi un acte était civilement valable, quoiqu'il consacrât une injustice flagrante. Plus l'influence du *jus gentium* augmenta, plus on sentit les inconvénients de cet état de choses : le préteur dut naturellement chercher à y porter remède. A cet effet, il accordait des exceptions, il créait même des actions nouvelles; mais il pouvait se présenter des cas dans lesquels ni l'un ni l'autre de ces moyens ne suffisaient, particulièrement lorsqu'un acte contraire à l'équité avait eu pour effet d'éteindre un droit. Alors le magistrat avait recours à un moyen plus hardi : il usait de son *imperium*, et annulait les conséquences fâcheuses qui auraient dû résulter de l'acte, en considérant celui-ci comme non avenu ; il remettait les choses en l'état où elles s'étaient trouvées avant la passation de l'acte. Cela s'appelait restituer en entier, *in integrum restituere* [87]. Ce pouvoir du magistrat était une émanation de son *imperium* et ne compétait point aux *judices*. Les magistrats municipaux même n'avaient pas le droit de restituer. Par la suite, et après l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*, on accorda le même privilége aux juges ordinaires [88], et

* PAUL, *S. R.*, 1, 7. — Tit. Th. C., *de integri restitutione*, 2, 16. — Tit. D., *de in integrum restitutionibus*, 4, 1. — En rappelant l'observation que nous avons faite ci-dessus, § 157, note 9, nous faisons remarquer que les Romains disent ordinairement *in integrum restitutio*, *integri restitutio*, et que l'inversion : *restitutio in integrum* ne se rencontre que rarement.

[87] C'est du moins la signification originaire du mot *restituere*. PAUL, *S. R.*, 1, 7, 1. « *Integri restitutio* est redintegrandæ rei vel causæ actio. » — Cependant les jurisconsultes modernes lui donnent souvent un sens plus étendu en l'employant toutes les fois qu'il s'agit de réparer un dommage quelconque causé par un acte, quand même le remède qui sert à cet effet n'aurait pas pour effet de *rétablir* l'ancien état de choses, mais uniquement de faire obtenir des dommages et intérêts. Dans cette acception, qui, au reste, n'est ni rationnelle ni conforme au langage de nos sources (Arg. Fr. 7, § 1, D., *h. t.* - Fr. 1, § 6, D., *de dolo malo*, 4, 3. - L. 3, C., *quibus ex causis majores*, 2, 54, combinés avec ce que nous dirons ci-après, t. II, § 286, sur le dol dans les *negotia bonæ fidei*), on comprend parmi les *restitutiones* plusieurs actions et exceptions que nous préférons examiner dans la suite aux endroits convenables, savoir l'*action* et l'*exception quod metus causa*, l'*action* et l'*exception de dol*, les actions données contre l'aliénation faite en fraude des créanciers (*actio Pauliana*) et contre l'*alienatio judicii mutandi causa facta*. *Voy.* MUHLENBRUCH. *Doctrina Pandectorum*, § 148, note 4, et ZIMMERN, *Traité des actions*, § 102. 103.

[88] Tit. C., *ubi et apud quem cognit. int. rest. agitanda sit*, 2, 47. - Fr. 26, § 1, D., *ad municipalem*, 50, 1. « .... Magis imperii sunt, quam jurisdictionis. »

on pouvait le faire avec d'autant plus de sûreté, que l'édit et la jurisprudence avaient développé et fixé les règles de cette institution, autrefois abandonnée à l'arbitraire du magistrat suprême.

Pour que la restitution en entier puisse être demandée, est exigée la réunion des quatre conditions suivantes : 1° Il faut que l'acte ou le rapport de droit contre lequel on veut être restitué, soit susceptible de restitution [89]. On ne peut point demander la restitution contre un délit qu'on a commis soi-même, ni contre un acte dans lequel on s'est rendu coupable de fraude [90]. La restitution n'est pas non plus admise contre la prescription de trente ou de quarante ans, ni contre les ventes faites par le fisc [91]. 2° Il faut que celui qui demande la restitution ait éprouvé une lésion par l'acte contre lequel il veut être restitué, ou qu'il soit au moins exposé à souffrir un dommage [92]. Si l'acte n'est point la cause effective de la perte dont le demandeur se plaint, il n'y a pas lieu à restitution [93]. 3° Il faut une juste cause de restitution. Autrefois, l'appréciation de la cause était abandonnée aux lumières du magistrat ; mais l'édit et la jurisprudence ont fini par établir des règles fixes que nous exposerons ci-après au § 160. 4° Enfin la restitution n'est accordée que pour autant qu'il n'y ait point d'autres moyens de réparer ou de prévenir le dommage dont il s'agit [94].

Si ces conditions se trouvent réunies, la restitution peut être demandée par la personne lésée, ainsi que par ses successeurs [95]. Elle doit être demandée contre la personne qui est cause de la lésion ou contre les héritiers de cette personne, *in personam* [96]. Toutefois, il est des cas dans

[89] Tit. C., *in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est*, 2, 41. *Voy.* aussi le Titt. C., 2, 27-40. — En général, comme la restitution est un moyen extrême, la loi exige que le dommage contre lequel on demande à être restitué ne soit pas trop minime. Fr. 9, pr. 46, § 4. Fr. 49, D., *de minoribus*, 4, 4. - Fr. 9, in f. D., *de dolo malo*, 4, 3. - L. 1, C., *si adversus donationem*, 2, 30. — *Voy.* aussi Fr. 4, D., *de in int.* rest., 4, 1.

[90] Tit. C., *si adversus delictum*, 2, 35. Cf. Fr. 16. 26, § 6, D., *ex quibus causis majores*, 4, 6. - Fr. 9, § 2-5, D., *de minoribus*, 4, 4.

[91] L. 3, C., *de præscr. XXX vel XL annor.*, 7, 39. « Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda. » - L. 3, C., *si adv. fiscum*, 2, 37, et L. 5, C., *de fide et jure hastæ fiscalis*, 10, 3. — La restitution n'est pas admise contre l'affranchissement d'un esclave, Tit. C., *si adv. libert.*, 2, 31 ; ni contre la prescription de certaines actions. Fr. 2, § 1, D., *ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur*, 40, 15. - Fr. 37, pr. D., *de minoribus*, 4, 4. - Fr. 18, D., *ex quibus causis majores*, 4, 6.

[92] Fr. 9, § 4, D., *de jurejur.*, 12, 2. - L. 5, pr. C., *de in int. rest. minor.*, 2, 22.

[93] Particulièrement la restitution est refusée quand le dommage est la suite d'un cas fortuit. Fr. 11, § 4. 5, D., *de minoribus*, 4, 4.

[94] Fr. 16. pr. § 1. 3, D., *de minoribus*, 4, 4. — *Voy.* cependant L. 3, C., *quibus ex causis majores*, 2, 52. - L. 5. 10, C., *de rescind. vendit.*, 4, 44 et § 160, notes 24, 25 et 46.

[95] Fr. 1. 2. 6, D., *de in int. rest.*, 4, 1. - Fr. 18, § 5, D., *de minoribus*, 4, 4. - Fr. 24, pr. D., *eodem*. - Fr. 25, D., *de adm. et peric. tutor.*, 26, 7. - Fr. 20, § 1, D., *de tutelæ act.*, 27. 3. - Fr. 95, § 3, D., *de solut.*, 46, 3. — Pour les cautions, *voy.* ci-après, t. II, § 345.

[96] Paul, 1, 6, 6. - Fr. 9, pr. 14, D., *de minor.*, 4, 4. - L. 10, C., *de rescind. vend.*, 4, 44.— *Voy.* aussi Fr. 9, § 4, D., *quod metus causa*, 4, 2

lesquels elle est aussi accordée contre des tiers qui se trouvent actuellement en possession de la chose dont nous avons été privés par suite de l'acte contre lequel nous voulons être restitués [97]. Cela a lieu d'abord quand il n'y a pas d'autre moyen de nous restituer un droit réel, et exceptionnellement aussi dans quelques cas où il s'agit d'un droit d'obligation [98]. On dit alors que la restitution est *in rem* ou *in rem scripta*. Enfin, on doit admettre que dans certains cas il est permis de la demander au magistrat, sans diriger sa requête contre une personne déterminée, par exemple quand un mineur veut être restitué contre la renonciation à une hérédité qui est encore vacante [99]. Remarquons encore que la restitution ne peut être demandée par les enfants contre leurs père et mère, ni par le client contre son patron [100].

§ 139. *Mode et effet de la restitution.*

On peut faire valoir le bénéfice de la restitution par voie d'action ou par voie d'exception [1]. Dans tous les cas, elle doit être demandée au magistrat, lequel ne l'accorde qu'après avoir examiné le cas (*causa cognita*) [2]. Or, comme la question de savoir si la restitution devait être accordée dépendait presque entièrement des faits qui avaient donné lieu à la lésion, l'affaire se traitait *extra ordinem*, c'est-à-dire le préteur examinait à la fois les points de droit et les points de fait [3]. Au reste, la procédure était plus ou moins compliquée selon la nature de l'affaire à décider. Souvent, en effet, quand il était évident que le cas réunissait toutes les conditions voulues, le préteur pouvait sur-le-champ donner son décret, qui contenait

[97] Paul, I, 7, 4. - Fr. 13, § 1, D., *de minor.*, 4, 4. « Interdum autem restitutio et *in rem* datur minori, id est, adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum... »

[98] Voyez les passages cités dans la note précédente et § 5, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 9, § 4, D., *quod metus causa*, 4, 2. - Fr. 9, pr. Fr. 13-15. D., *de minor.*, 4, 4. - L. 3, C., *quod metus causa*, 2, 20. - L. 7, C., *de in int. restit. minor.*, 2, 22.

[99] Arg. Fr. 3, § 7. Fr. 7, § 5. Fr. 24, § 2, D., *de min.*, 4, 4. - Tit. C., *si minor ab hered. se abstin.*, 2, 39. — *Voy.* Muhlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 160, note 1.

[100] L. 2, C., *qui et adversus quos in int. rest.*, 2, 24. — *Voy.* cependant *Nov.*, 155.

[1] Fr. 9, § 3, D., *quod metus causa*, 4, 2. - Fr. 9, § 4, D., *de jurejurando*, 12, 2.

[2] Paul, I, 7, 3. « Integri restitutio plus quam semel non est decernenda : ideoque *causa cognita* decernitur. » - Fr. 3, D., *de in int. rest.*, 4, 1. « Omnes in integrum restitutiones *causa cognita* a prætore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit.

[3] Fr. 3, D., *de in int. rest.*, 4, 1. (*Voy.* la note précéd.). - Fr. 13, pr. D., *de minor.*, 4, 4. - Exceptionnellement cependant le magistrat pouvait aussi charger un *judex* de l'examen des faits. Fr. 9, § 4, D., *de jurejur.*, 12, 2. « ... *Plerumque ipsum* prætorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere. » Dans ce cas, la restitution était *conditionnelle* comme la condamnation dans les actions ordinaires. *Voy* ci-dessus, § 147, note 49, et Arg. Fr. 33, D., *de re judicata*, 42, 1.

la restitution et en même temps les conséquences qui devaient en résulter [4]. Cela avait lieu non seulement quand le but de la restitution était uniquement d'éviter une perte ou d'annuler un acte [5]; mais encore souvent quand il s'agissait de rétablir un rapport légal qui avait existé avant l'acte contre lequel on demandait à être restitué. Cependant, dans ce dernier cas, la procédure pouvait devenir plus compliquée, particulièrement quand on voulait obtenir la restitution d'une action qu'on avait perdue. Parfois, en effet, le préteur se bornait à déclarer que le droit d'où cette action résultait était rétabli; et celui en faveur duquel cette restitution était faite devait encore poursuivre son droit au moyen de l'action restituée, laquelle, par ce motif, était alors appelée *judicium restitutorium*, *actio rescissoria* [6]. A cette action les modernes opposent ordinairement, sous le nom de * *judicium rescindens* * [7], le décret du magistrat qui la précède et qui en forme pour ainsi dire la base. On conçoit qu'après l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum* le *judicium rescindens* et le *judicium rescissorium* étaient ordinairement réunis dans la même procédure; toutefois, il peut encore se présenter des cas qui donnent lieu à deux décisions, l'une, pour ainsi dire préjudicielle, pour rescinder l'acte, l'autre pour en anéantir les effets. — Le délai pendant lequel on pouvait demander la restitution en entier était dans la plupart des cas d'une année utile, que Justinien remplaça par quatre années

[4] Dans ce cas, les commentateurs distinguent encore si la restitution se fait *brevi manu*, c'est-à-dire sans que l'adversaire ait été entendu, ou *cognitione prætoria*, c'est-à-dire après un débat contradictoire. Cette distinction n'a aucune importance pour nous.

[5] Par exemple, quand on demande à être relevé d'une déchéance résultant de l'omission d'une formalité de procédure, ou à faire déclarer non avenue une adition d'hérédité. Fr. 21, § 5, D., *quod metus causa*, 4, 2. Dans ces cas, en effet, il suffit de la déclaration du magistrat.

[6] Cette *actio rescissoria* était une *fictitia* ou *utilis actio*, Gaius, IV, 38. - § 5. I., *de actionibus*, 4, 6, et Théophile, *ad h. l.* - Fr. 46, § 3, D., *de procurat.*, 3, 3. - Fr. 21. § 6, D., *quod metus causa*, 4, 2. - Fr. 13, § 1, D., *de minor.*, 4, 4. - Fr. 28, D., *ex quibus causis majores*, 4, 6. - L. 5, C., *eodem*, 2, 54. *Voy.* aussi le Fr. 43, D., *eodem*, où le préteur *crée* même une action que le fait contre lequel la restitution est demandée avait empêchée de prendre naissance. — En général, il dépendait sans doute du magistrat de terminer tout par lui-même ou bien de choisir la procédure plus compliquée qui exigeait le *judicium restitutorium*. Il paraît cependant que dans certains cas cette dernière était exclusivement en usage. Gaius, III, 84. IV, 38. - Fr. 2, § 1, D., *de capite min.*, 4, 5.

[7] Plusieurs auteurs se sont élevés avec raison contre ce terme, qui semble indiquer que dans la restitution il y aurait eu deux *judicia*. Vinnius, ad § 5, I., *de act.* et *selectæ quæst.*, I, 10, fait observer que cette dénomination trahit de la part de celui qui l'a inventée une grande ignorance de la procédure romaine. Le raisonnement de Vinnius est fondé; mais il va trop loin quand il soutient qu'il ne fut jamais besoin de *judicium restitutorium*. Pour s'en convaincre il suffit de lire les passages où il est dit, que le préteur *dat* ou *restituit judicium* ou *actionem rescissa usucapione vel capitis deminutione*. Gaius, III, 84. IV, 38. - § 5, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 46, § 3, D., *de procurat.*, 3, 3. - Fr. 9, § 3. 4. 7. D., *quod metus causa*, 4, 2. - Fr. 13, § 1. D., *de minor.*, 4, 4. - Fr. 26, § 7. 8, D., *ex quibus causis majores*, 4, 6. - Fr. 30, D., *de evictionibus*, 21, 2. - Fr. L. 5. C., *ex quibus causis majores*, 2, 54.

continues [8]. Il commence à courir, non pas à partir de l'acte contre lequel on veut être restitué, mais à partir du moment où la *justa causa* a cessé [9].

Dès que la restitution est demandée, tout reste dans le *statu quo;* il doit même être sursis à l'exécution d'un jugement définitif, contre lequel elle est implorée [10]. — L'effet de la restitution obtenue est en général de mettre les choses en l'état où elles s'étaient trouvées avant l'acte contre lequel la restitution a été obtenue [11]. Le restitué peut donc demander tout ce qu'il a perdu par suite de cet acte; particulièrement quand il obtient restitution d'une chose, il peut aussi en demander les fruits et les accessions [12]. Mais, par contre, il doit rendre tout ce qu'il a gagné de son côté par suite de l'acte [13]. S'il n'est pas nécessaire d'annuler l'acte dans son entier, le juge se bornera à en réduire les conséquences à ce qui lui paraît équitable [14]. — Il va sans dire que ces effets n'ont lieu qu'à l'égard des personnes qui ont obtenu la restitution. Les cas qu'on cite parfois comme exceptions ne méritent réellement pas cette qualification. Ainsi la caution profite en général de la restitution obtenue par le débiteur principal [15]; mais cela résulte nécessairement de la nature du cautionnement qui est un acte essentiellement accessoire et s'éteint naturellement par l'extinction de la dette principale. C'est encore par suite d'une nécessité de fait que la loi veut que la restitution obtenue par le copropriétaire d'une chose indivisible profite aux autres copropriétaires [16]. Il faut en dire autant

[8] L. ult. C., *de tempor. in int. rest.*, 2, 53. — *Voy.* aussi L. 2. Th. C., *de integri restit.*, 2, 16 et ci-dessus, § 126, note 82.

[9] L. ult. C., *citée*. - L. 5, pr. C., *eodem*. - Cf. Fr. 19, D., *de minor.*, 4, 4. - Fr. 1, § 1, D., *ex quibus causis majores*, 4, 6.

[10] L. un. C., *in int. restit. postulata ne quid novi fiat*, 2, 50.

[11] Fr. 9, §§ 2. 4. 7. Fr. 21, §§ 5. 6, D., *quod metus causa*, 4, 2. - Fr. 7, §§ 10. 11. 12. Fr. 8, D., *de minor.*, 4, 4. - Fr. 24, § 4. D., *eodem*. « ... Ut unusquisque jus suum integrum recipiat. » - Fr. 25, § 2, D., *ex quibus causis majores*, 4, 6, - L. un. pr. C., *de reputationibus*, 2, 48.

[12] Fr. 28, § 6, D., *ex quib. causis majores*, 4, 6.

[13] Fr. 24, § 4. Fr. 27, § 1. Fr. 49, § 1. Fr. 40, § 1. Fr. 50, D., *de minor.*, 4, 4. - L. 1, C., *si adversus transact.*, 2,32. - L. un. C., *de reputationibus*, 2, 48. — Cependant le mineur ne doit jamais restituer au delà de ce dont il se trouve enrichi par suite de l'acte contre lequel il demande à être restitué. Fr. 7. § 5, D., *de minor.*, 4, 4.

[14] Fr. 24, § 1, D., *de minor.*, 4. 4. « Non semper autem ea, quæ cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et æquum redigenda sunt... »

[15] Pourvu qu'il ne soit pas évident ou qu'il ne résulte des circonstances que la caution a été constituée précisément pour garantir la partie adverse contre la restitution. Fr. 51, pr. D., *de procurat.*, 3, 3. « Minor xxv annis, si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est : quia ipsi et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur. » - Fr. 4, § 4, D., *de minor.*, 4, 4. « ... Sed an hoc auxilium (restitutionis) patri quoque prosit, ut solet interdum fidejussori ejus prodesse, videamus... » - Fr. 7, § 1, D., *de exceptionibus*, 44, 1. - Fr. 95, § 3, D., *de solut.*, 46, 3. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 345.

[16] Fr. 10, pr. D., *quemadm. servit. amittuntur*, 8, 6. « Si communem fundum ego et

de divers autres cas dans lesquels la restitution agit indirectement en faveur de personnes tierces [17].

§ 160. *Des causes de restitution* [18].

La plupart des restitutions en entier doivent leur origine à l'édit du préteur; toutefois les dispositions originaires de l'édit furent souvent développées et étendues par la jurisprudence ainsi que par des sénatus-consultes et des rescrits; enfin des constitutions impériales créèrent même quelques cas nouveaux.

Nous allons d'abord énumérer sommairement les *justæ causæ* de restitution contenues dans l'édit [19]; puis nous indiquerons celles qui ont été créées par le pouvoir législatif des empereurs.

1. Minorité [20]. Nous avons vu ci-dessus, § 100, que déjà la loi *Plœtoria* donnait aux mineurs le moyen de se mettre à l'abri de tout préjudice qui pourrait résulter de manœuvres frauduleuses exercées à leur égard. Un édit prétorien, qui date probablement des derniers temps de la république [21], leur assura une protection plus efficace encore, en statuant que la validité de tout acte dans lequel l'intérêt d'un mineur se trouve engagé dépendrait de l'arbitraire du préteur, qui aurait à l'apprécier d'après les circonstances [22]. Tout était donc d'abord abandonné au sentiment individuel du magistrat; mais il se forma bientôt des règles plus ou moins précises, dont voici le résumé succinct : *a*) Le mineur obtient restitution même dans les cas où le préjudice qu'il veut éviter n'est pas une conséquence directe de l'acte, et n'a été causé que par un fait postérieur, fût-il même la suite de

pupillus haberemus, licet uterque non uteretur; tamen propter pupillum et ego viam retineo. »

[17] Fr. 47, § 1, D., *de minor.*, 4, 4. « Curator adolescentium prædia communia sibi et his, quorum curam administrabat, vendidit : quæro, si decreto prætoris adolescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adolescentium pro parte fundus communis fuit? Respondi, eatenus rescindi, nisi si emtor a toto contractu velit discedi, quod partem emturus non esset... » Cf. Fr. 13, pr. D., *de in diem addictione*, 18, 2. - Fr. 3, § 4. Fr. 50. D., *de minoribus*, 4, 4. — Fr. 39, pr., *de evict.*, 21, 2.

[18] *Voy.* ci-dessus, § 158, n° 3.

[19] Paul, I, 7, 2. - Fr. 1. 2, D., *de in int. restit.*, 4, 1. « Nam sub hoc titulo plurifarism prætor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive *metu*, sive *calliditate*, sive *ætate*, sive *absentia* inciderunt in captionem... sive per *status mutationem*, aut *justum errorem*. ...Item, si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam...» Fr. 1, in f. D., *ex quibus causis majores*, 4, 6.

[20] Tit. D., *de minoribus* xxv *annis*, 4, 4. - Tit. C., *de in integrum restitutione minorum* xxv *annis*, 2, 22. - *Voy.* aussi Titt. C., 2, 23-46, et ci-après, t. III, § 437.

[21] Il paraît être antérieur à l'empire, puisque Labéon et Ofilius sont cités à propos de la restitution des mineurs. Fr. 16, § 1, D., *hoc titulo*, 4, 4.

[22] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Prætor edicit : Quod cum minore quam xxv annis nato gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam.

sa légèreté ou de sou inexpérience. Cependant, il n'y aura pas lieu de la lui accorder, quand le dommage est uniquement le résultat d'un cas fortuit [23]. *b*) Contrairement à la règle, que la restitution ne doit être accordée qu'à défaut de tout autre moyen, le mineur l'obtient, du moins dans le droit nouveau, lors même qu'il pourrait réparer d'une autre manière le dommage dont il se plaint. Particulièrement, le mineur *sui juris* [24] peut être restitué contre les actes de son tuteur ou curateur, quoiqu'il ait une action personnelle contre ce dernier [25]. *c*) Quel que soit l'avantage que le mineur ait tiré de l'acte contre lequel il demande à être restitué, il ne doit jamais rendre que ce dont il se trouve enrichi au moment de la demande [26]. *d*) Toutefois, comme une trop grande facilité dans l'usage de ce bénéfice pourrait finir par devenir nuisible au crédit même des mineurs, la loi veut que le juge ne l'accorde que pour autant que la lésion soit évidente ou que l'imprudence du mineur soit par trop flagrante [27]. *e*) Quand un mineur demande la restitution contre un autre mineur, elle n'est accordée que pour autant que ce dernier se trouve encore enrichi au moment de l'action [28]. — Le délai de restitution, qui est de quatre ans, sauf un cas particulier dans lequel on accorde sept ans [29], commence à partir du moment où le mineur a accompli sa vingt-cinquième année [30]. — Le mineur ne peut pas invoquer le bénéfice de la restitution, 1° quand il s'est fait passer frauduleusement pour majeur au moment de l'acte [31]; 2° quand, étant pubère, il s'est engagé par serment [32]; 3° quand il a approuvé ou ratifié l'acte après avoir atteint l'âge de la majorité [33]; 4° enfin les actes passés par un mineur qui a obtenu la *venia ætatis* ne sont pas susceptibles de restitution [34]. Remarquons encore que le mineur n'a pas besoin de restitution contre la prescription; car les prescriptions à bref délai ne courent point contre lui, et la *præscriptio*

[23] Fr. 3, § 8. Fr. 7, § 2. Fr. 27, § 1. Fr. 44, D., *h. t.* Cf. Fr. 38, D., *eodem.*

[24] Le mineur sous puissance peut également être restitué contre des actes préjudiciables, pourvu que le père ne gagne point indirectement par la restitution. Fr. 3, § 4, D., *h. t.*

[25] L. 3, § ult. C., *h. t.* — Pour l'ancien droit Fr. 16, pr. § 2. Fr. 39, § 1, D., *eodem.* — Des exceptions se trouvent L. 13, § ult. C., *de judic.*, 3, 1; L., 25, C., *de admin. tutor.*, 5, 37.

[26] Fr. 7, § 5. Fr. 27, § 1, D., *h. t.*

[27] Fr. 7, § 8. Fr. 11, § 3. Fr. 24, § 1, D., *h. t.* - Fr. 9, § 4, D., *de jurejur.*, 12, 2.

[28] Fr. 11, § 6. Fr. 34, D., *h. t.*

[29] L. ult. C., *de repudianda vel abstinenda hæreditate*, 6, 31.

[30] L. 5, § 1, C., *h. t.* - L. 5, pr. L. 7, C., *de temporibus in int. rest.*, 2, 53. — Pour les héritiers du mineur. *Voy.* L. 5, § 1. 2. 3, C., *eodem.* Cf. Fr. 19, D., *h. t.*

[31] L. 2. 3, C., *si minor majorem se dixerit*, 2, 43, - L. 7, C., *h. t.*

[32] L. 1, C., *si adv. venditionem*, 2, 28.

[33] Paul, I, 9, 3. - Fr. 3, § 1, D., *h. t.* - Tit. C., *si major factus ratum habuerit.*, 2, 46.

[34] L. 1, C., *de his qui veniam ætatis*, 2, 45, et ci-après, t. II, § 437 vers la fin. — Il y a de plus des exceptions spéciales relativement à la constitution de dot, aux cadeaux de fiançailles, à l'acquisition d'une hérédité. Fr. 9, § 1, D., *h. t.* - L. 1, C., *si adversus donat.*, 2, 30. — L. un. C., *si adv. dotem*, 2, 34. — L. 8, § 6, C., *de bonis quæ liberis*, 6. 61.

longissimi temporis lui laisse assez de temps pour veiller à ses intérêts après avoir atteint l'âge de la majorité [35].

Le bénéfice des mineurs a été étendu par les empereurs aux villes et communes [36]. Ici se présente la question de savoir à partir de quel moment le délai de la restitution commence à courir. Comme il n'y a pas de moment où la *justa causa*, c'est-à-dire la qualité de ville, vient à cesser, il faut admettre que la prescription commence au moment de la lésion [37].

2° Violence [38]. L'édit protégeait, d'une manière très-efficace, celui qui avait consenti un acte par suite d'une violence exercée contre lui, *vis ac metus* [39]. Tant qu'il n'avait pas exécuté l'acte, il pouvait refuser de le faire, au moyen d'une exception, *quod metus causa gestum esset*. Si cette exception ne pouvait plus être utile, parce que l'acte était déjà exécuté, ou par toute autre cause, il avait une action en restitution de la chose extorquée, *actio quod metus causa*. Cette action, qui était arbitraire, tendait à obtenir la quadruple valeur de la chose et avait ceci de particulier, qu'elle pouvait être dirigée contre quiconque se trouvait en possession de la chose, *in rem scripta* [40]. En outre, l'édit accordait au besoin la restitution en entier [41]; mais on comprend aisément qu'en présence des deux moyens dont nous venons de parler, il y avait rarement lieu d'employer ce dernier remède. Toutefois, il pouvait se présenter des cas où il devenait utile et même nécessaire; par exemple quand le débiteur contre lequel on aurait pu intenter l'*actio quod metus causa* était tombé en faillite. Dans ce cas, la restitution faisait obtenir la somme extorquée en entier, tandis que sans restitution on aurait dû partager au marc le franc avec les autres créanciers [42].

3. Dol et fraude. *Dolus malus* [43]. Comme garantie contre l'exécution

[35] L. 5, C., *in quibus causis in int. rest. necessaria non est*, 2, 41.

[36] L. 3, C., *de jure reipublicæ*, 11, 29. - L. 1, C., *de officio ejus qui vicem alicujus judicis vel præsidis obtinet*, 1, 50. - L. 4, C., *quibus ex causis majores*, 2, 54.

[37] C'est aussi la décision du droit canon. C., 1, in VI, *de in int. rest.*, 1, 21. — Clem. un. *de in int. rest.*, 1, 11.

[38] Tit. D., *quod metus causa gestum erit*, 4, 2. — Tit. C., *de his quæ vi metusve causa gesta sunt*, 2, 20.

[39] Fr. 1, D., *h. t.* « Ait prætor : QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO. Olim ita edicebatur : QUOD VI METUSVE CAUSA... Sed postea detracta est *vis* mentio, ideo quia quodcunque vi atroci fit, id *metu* quoque fieri videatur. » — Des dispositions de ce genre se trouvaient déjà dans l'édit du préteur OCTAVIUS, qui mourut du temps de Cicéron. CIC., *in Verrem*, III, 65. *Voy.* ci-après, t. II, § 287.

[40] Fr. 9, § 38. Fr. 14, § 1-3. 5-7, D., *h. t.* — Il ne faut pas perdre de vue que l'action était arbitraire, c'est-à-dire que le défendeur pouvait toujours éviter la condamnation au quadruple, en restituant la chose extorquée. *Voy.* au reste ci-après, t. II, § 287.

[41] Fr. 6, § 4. Fr. 9, § 3, 4. Fr. 21, § 5, 6, D., *h. t.* - L. 3, C., *h. t.* - Arg. Fr. 25, pr. D., *de minor.*, 4, 4. - L. 1, C., *de resc. vind.*, 4, 44.

[42] *Voy.* aussi Fr. 21, § 5, D., *quod metus causa*, 4, 2. Cf. Fr. 84, D., *de acq. heredit.*, 29, 2.

[43] Tit. D., *de dolo malo*, 4, 3. - Tit. Th. C., *eodem*, 2, 15. - Tit. J. C., *eodem*, 2, 21.

d'un acte qui a été surpris par des manœuvres frauduleuses, l'édit nous accorde l'*exceptio doli*. En cas de besoin nous pouvons également nous servir de l'*actio de dolo*, action arbitraire [44] qui diffère de l'*actio quod metus causa* en ce qu'elle ne peut être intentée que contre celui qui s'est rendu coupable du dol, et qu'elle tend tout simplement à obtenir réparation de tout dommage. Elle a ceci de particulier qu'elle entraîne la peine de l'infamie pour le défendeur qui se laisse condamner [45]. C'est pour éviter cette conséquence que, d'après un passage du Digeste, la restitution doit être préférée à l'action *de dolo* [46].

4. Erreur. Dans un fragment de Paul, l'erreur excusable, *justus error*, est indiquée comme une cause de restitution [47]. Cependant nous ne connaissons aucun texte de l'édit qui énonce ce principe d'une manière générale, et nos sources ne nous font connaître que quelques cas spéciaux dans lesquels il est appliqué. Ainsi le préteur accorde la restitution à celui qui a contracté avec un pupille assisté d'un *falsus tutor*, c'est-à-dire d'une personne qui se donne pour tuteur du pupille sans l'être réellement [48]. De même les créanciers d'une hérédité qui ont demandé la séparation de la succession d'avec le patrimoine de l'héritier, peuvent, pour cause d'erreur excusable, demander à être restitués contre la séparation [49]. D'autres applications se rapportent à la procédure [50].

5. *Minima capitis deminutio* du débiteur [51]. La *capitis deminutio* avait pour effet d'anéantir tous les rapports du droit résultant du *jus civile*, dans lesquels pouvait se trouver celui qui subissait la diminution. Il en résultait, entre autres, que les créanciers perdaient les créances qu'ils avaient à sa charge. Pour éviter cet inconvénient, le préteur les restituait contre les conséquences de la *minima capitis deminutio* [52]; c'est-à-dire, il considérait

[44] Créée probablement par C. Aquilius Gallus. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 286. 367.

[45] Fr. 1, pr. D., *de his qui notantur infamia*, 3, 2. - Fr. 1, § 4, D., *h. t.*

[46] Fr. 7, § 1, D., *de in int. rest.*, 4, 1. « ... Et boni prætoris est potius restituere litem, ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere : ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest. » Fr. 1, § 6. Fr. 7, pr. Fr. 38, D., *de dolo malo*, 4, 3. - Fr. 33, D., *de re judicata*, 42, 1. — Ces passages sont quelque peu embarrassants; car si l'on avait toujours agi de la sorte, il est évident que l'*actio de dolo* serait devenue presque impossible. Et cependant il en est fréquemment question dans nos sources. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 286. 387.

[47] Fr. 2, pr. D., *de in integrum restitutionibus*, 4, 1.

[48] Fr. 1, § 1. 6, D., *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, 27, 6. *Voy.* t. III, § 434.

[49] Fr. 1, § 17, D., *de separationibus*, 42, 6. « ... Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, *justissima scilicet ignorantiæ causa allegata.* »

[50] Gaius, IV, 53. 55. - § 33, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 11, § 10, D., *de interrogat. in jure*, 11, 1. - Fr. 15, pr. D., *de instit. act.*, 14. 3. - Fr. 2, pr. D., *quis ordo*, 38, 15. - Fr. 2, D., *de confessis*, 42, 2. - Fr. 11, pr. D., *de exc. rei jud.*, 44, 2. - Fr. 15, § 5, D., *quod vi aut clam*, 43, 24. - *Voy.* aussi ci-après, § 161, notes 80. 81. 88.

[51] Tit. D., *de capite minutis*, 4, 5.

[52] Il n'y avait pas de restitution contre la *maxima* et la *media c. d.*; mais, le préteur donnait une action contre les personnes qui avaient succédé dans les biens de celui qui avait

l'adoption, l'arrogation, l'émancipation ou la légitimation du débiteur comme non avenues, et rendait aux créanciers les actions qu'ils avaient eues auparavant [53].

6. Absence et autres causes analogues [54]. L'origine de cette cause de restitution se trouve dans l'édit du préteur Publicius [55], qui promettait la restitution de la revendication à celui dont la chose aurait été usucapée par un autre [56], contre lequel il n'avait pas été possible d'intenter une action, par le motif qu'il était prisonnier de guerre ou absent pour affaires publiques [57]. Le principe qui forme la base de cette restitution fut étendu par l'édit et la jurisprudence, et il figure dans le droit nouveau comme la cause la plus générale de la restitution en entier. En effet, la restitution est accordée non-seulement contre celui qui n'a pu être poursuivi en justice à cause de son absence, mais encore et particulièrement à celui qui éprouve une perte quelconque par suite de sa propre absence [58]. Le terme absence est pris dans un sens extrêmement étendu, et comprend à peu près tous les cas dans lesquels nous avons été empêchés d'exercer nos droits par une cause quelconque qui ne peut nous être imputée [59]. Et pour laisser toute latitude à cette extension, le préteur a eu soin d'ajouter à la désignation spéciale de l'absence les mots : ***Et si qua alia mihi justa causa esse videbitur*** [60]. La même tendance d'étendre le bénéfice se montre à l'égard de l'objet de la restitution. Car, tandis que dans le principe elle n'était donnée que lorsque l'absence avait causé une perte réelle, la jurisprudence l'appliqua par la suite aux cas où l'absence

perdu la liberté ou la cité. « Dabitur plane actio in eos ad quos bona pervenerunt eorum. » Fr. 2, pr. Fr. 7. § 1, D., *h. t.* - Fr. 128, § 1, D., *de regulis juris*, 50, 17.

[53] Gaius, IV, 38. - Fr. 2, pr. § 1. Fr. 7-9, D., *h. t.*

[54] Tit. D., *ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur*, 4, 6. - Titt. C., 2, 51. 52. 54.

[55] Cette restitution est déjà mentionnée dans Térence, *Phormio*, II, 4, 9 sqq.

[56] § 5, I., *de actionibus*, 4, 6. « ... Si quis, cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usu ceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum *rescissa usucapione* eam petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorum usu non cepisse, et ob id suam esse. » - Fr. 1, § 1. Fr. 21, pr. Fr. 26, § 8, D., *h. t.* — L'action en rescision résultant de cet édit est donc basée sur la fiction que l'usucapion de l'absent n'a pas été accomplie, quoiqu'elle l'ait été réellement. C'est une *utilis vindicatio*. Il faut se garder de confondre cette action, qui est appelée *Publiciana actio* (Fr. 57, pr. D., *mandati*, 17, 1; Fr. 35, pr. in f. D., *de dol. et act.*, 44, 7), avec une autre *Publiciana actio*, qui est fondée sur une fiction diamétralement opposée. Tit. D., *de Publiciana in rem actione*, 6, 2. *Voy.* ci-après, § 208.

[57] Comment un prisonnier de guerre, qui par la captivité perd toute capacité civile, peut-il usucaper? Il ne le peut point par lui-même, mais bien au moyen de personnes soumises à sa puissance. Fr. 23, § 2, D., *h. t.* - Fr. 15, pr. Fr. 44, § 7, D., *de usurpat.*, 41, 3. - Fr. 29, D., *de captivis et postlim.*, 49, 15.

[58] Fr. 17, § 1. Fr. 21-23. Fr. 26, § 7. Fr. 27. 41. 43, D., *h. t. et passim.*

[59] Fr. 16, D., *h. t.* « Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis... »

[60] « ITEM SI QUA ALIA MIHI JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, IN INTEGRUM RESTITUAM, QUOD EJUS PER

nous avait simplement empêchés de faire un gain que nous aurions pu faire si nous avions été présents [61].

Toutes les restitutions qui précèdent dérivent du droit prétorien; il nous reste à mentionner celles qui doivent leur origine aux constitutions impériales.

7. Un rescrit d'Adrien accorde restitution contre un jugement définitif fondé sur de faux témoignages [62].

8. Si un jugement acquitte le défendeur par suite d'un serment déféré par le juge, le demandeur peut demander la restitution, pourvu qu'il déclare vouloir se servir de titres nouveaux, découverts depuis le jugement [63].

Appendice.

DE LA PEINE DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES [64].

§ 161.

Pour terminer notre exposé de la théorie des actions, nous dirons quelques mots des mesures que le législateur romain a prises afin de prévenir les chicanes et de diminuer, autant que possible, le nombre des procès. Telles étaient, par exemple, l'ancienne péremption dont nous avons parlé ci-dessus, et la prescription. La défense de l'aliénation des choses litigieuses tendait également au même but. Dans l'ancien droit, il y avait en outre un moyen sévère, le *sacramentum*, dont le montant était perdu pour la partie qui succombait dans le procès [65]. Par suite de l'abolition des *legis actiones*, cette peine disparut, mais elle fut remplacée par divers autres moyens, tant pécuniaires que moraux.

Parmi les derniers, nous remarquons le serment que l'on exigeait des plaideurs, et l'infamie dont la loi menaçait le défendeur dans certains cas. — Il est probable que dans le principe le serment qui devait servir de

LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA, DECRETA PRINCIPUM LICEBIT. » Fr. 1, § 1, D., *h. t.* - Fr. 26, § 9, D., *eodem*.

[61] Fr. 17, § 1. Fr. 27. 41. 43, D., *h. t.*; toutefois avec la restriction que la restitution n'ait pas pour effet de nous enrichir aux dépens d'un autre : « non, eum et lucri faciendi, ex alterius pœna vel damno, auxilium sibi impertiri desiderant. » Fr. 18, D., *eodem*.

[62] *Restitutio ex* Fr. 33, D., *de re judicata*, 42, 1, étendue par la suite au cas où le jugement aurait été rendu sur des pièces fausses. Tit. C., *si ex falsis instrumentis*, 7, 58.

[63] *Restitutio ex* Fr. 31, D., *de jurejurando*, 12, 2. - *Voy.* aussi Fr. 35, D., *de re judicata*, 42, 1. - L. 4, C., *eodem*, 7, 52.

[64] Nous avons conservé l'inscription des Institutes : Tit. I., *de pœna temere litigantium*, 4. 16, quoique l'idée qu'elle exprime soit évidemment trop étroite. Car il y est traité non-seulement de *peines*, mais aussi de moyens purement *préventifs*.

[65] *Voy.* ci-dessus, § 130, nº 1.

garantie de la bonne foi des parties [66], *jusjurandum calumniæ*, n'était d'usage que dans les cas où il n'y avait pas lieu à des peines pécuniaires [67]. Nous le trouvons déjà du temps de la république [68]. Justinien le rendit obligatoire dans tous les procès, tant pour les parties que pour leurs avocats [69].—L'infamie résultait de la condamnation dans certaines actions qu'on appelait par ce motif *judicia turpia, actiones famosæ* [70]. Le défendeur pouvait éviter cette peine en satisfaisant le demandeur avant la condamnation [71]. Toutefois, quand il s'agissait d'un délit proprement dit ou de dol, la transaction extrajudiciaire ne le mettait pas à l'abri de l'infamie [72].

Parmi les peines pécuniaires, nous avons à mentionner : 1° la *sponsio pœnalis*, promesse d'une somme d'argent que dans certaines actions le demandeur pouvait exiger de la part du défendeur, et que ce dernier était alors obligé de réaliser en dehors de l'objet de la demande, s'il succombait dans le procès. De son côté, le défendeur pouvait exiger la même promesse de la part de son adversaire, *restipulatio* [73]. 2° Quand le demandeur avait intenté l'action par pure chicane, le défendeur pouvait le poursuivre, soit pendant, soit après le procès, au moyen du *judicium calumniæ*. S'il réussissait à établir la mauvaise foi, *calumnia*, l'adversaire était condamné au dixième de la valeur de l'objet du procès originaire, et dans les interdits même au quart de cette valeur [74]. Dans certains cas, une action analogue et tendante au dixième ou au cinquième était accordée contre le demandeur pour cela seul qu'il avait succombé dans le procès, sans qu'il fût besoin de prouver sa chicane. Cette action s'appelait *judicium contra-*

[66] « Bona instantia se uti, non calumniæ causa se infitias ire. » Gaius, IV, 172. - § 1, I., *h. t.*, 4, 16.

[67] Gaius, IV, 172. 173.

[68] Lex servilia repetundarum, c. 8. — Cic., *pro Roscio com.*, 1 in f. ; *pro Sulla*, 31. — Asconius, *ad Cic. pro Corn.* — *Voy.* Schrader, ad Pr. I., *h. t.*

[69] Pr. I., *h. t.* - L. 1. 2, C., *de jurejurando propter calumniam dando*, 2, 59.

[70] Cicéron cite comme *judicia turpia* les actions de tutelle, de société, de mandat, de fiducie (*pro Cæcina*, 3; *pro Rosc. Am.*, 38 sqq ; *pro Rosc. com.*, 6). L'édit du préteur mentionne comme infamantes l'*actio pro socio*, l'*actio tutelæ directa*, les actions de mandat et de dépôt, et les actions de vol, de rapine, d'injure et de dol. — *Voy.* ci-dessus, § 105.

[71] Rappeler la controverse des Sabiniens et des Proculéiens sur la question de savoir si l'exécution volontaire faite après la *litis contestatio* libère de la condamnation. *Voy.* ci-dessus, § 141, note 76.

[72] « Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum *damnati* notantur ignominia, sed etiam *pacti*, et recte : plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit. » § 2, I., *h. t.* - Fr. 6, § 3. 4, D., *de his qui notantur*, 3, 2. - L. 18, C., *ex quib. caus. inf.*, 2, 12.

[73] Gaius, IV, 171. « ... Ex quibusdam causis *sponsionem* facere permittitur, velut de *pecunia certa credita* et *pecunia constituta* : sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ, partis dimidiæ. (Cic., *pro Rosc. com.*, 4. 5).—La *sponsio* avait aussi lieu dans les *interdits*. Ci-dessus, § 157, et Gaius IV, 141. 162 sqq. — *Voy.* en général sur les *sponsiones pœnales* et *præjudiciales*, ci-dessus, § 156, notes 46 et 47.

[74] Gaius, IV, 175. 176. 178. — *Consult. veteris jcti.*, c. 6. - § 1, I., *h. t.*

rium [75]. Ces deux moyens finirent par tomber en désuétude à mesure que le *jusjurandum calumniæ* devint plus usité. Justinien les abolit [76]. 3° Une peine spéciale était la condamnation au double qui menaçait le défendeur dans certaines actions pour le cas où il nierait la dette dont le demandeur poursuivait le payement contre lui. *Lis inficiando crescit in duplum.* La loi des Douze Tables infligeait cette peine à celui qui niait une obligation contractée au moyen du *nexum* [77]. Elle fut, par la suite, étendue à quelques autres actions [78]. Dans le droit nouveau, elle n'a plus lieu que dans l'action résultant d'un fait dommageable (*actio legis Aquiliæ*), dans l'action en restitution d'un dépôt forcé par accident, et dans l'action en délivrance d'un legs fait aux *piæ causæ* [79]. 4° Enfin il nous reste à parler des peines de la *plus petitio* ou *pluris petitio* [80]. Si le demandeur avait demandé plus qu'il ne lui était dû, il perdait avec le procès le droit qui en formait le fondement, et le préteur accordait difficilement la restitution en entier contre la perte qui en résultait. Cette peine était une conséquence naturelle de la procédure *per formulas*. En effet, ce qui était demandé par l'*intentio* [81] était par là *in judicium deductum*. Or, l'instruction que le préteur donnait au juge ordonnait : *Si paret, condemna; si non paret, absolve.* S'il était donc établi par les débats *in judicio* que le défendeur ne devait pas ce qui était réclamé par le demandeur, ce dernier devait perdre son procès et par suite son droit. Car s'il avait voulu le faire valoir de nouveau, il aurait été repoussé au moyen de l'*exceptio rei judicatæ* [82]. Les jurisconsultes romains ont analysé et classé les différents cas de *plus petitio*, en disant qu'on peut demander au delà de ce qui est dû *re, tempore, loco, causa* [83]. Il est évident qu'il ne saurait être question de *plus petitio* RE

[75] GAIUS, IV, 177-179. — Le défendeur avait le choix entre les trois moyens dont nous venons de parler, la *restipulatio*, le *judicium calumniæ* et le *judicium contrarium*.

[76] § 1, I., *h. t.*

[77] CICÉRON, *de off.* III, 16. — FESTUS, v. *Nuncupata*. — *Voy.* aussi PAUL, II, 17, 4.

[78] Savoir, pour l'*actio judicati*, l'*actio depensi*, l'*actio legis Aquiliæ*, et l'action en délivrance d'une *res certa per damnationem legata*, GAIUS, IV, 9. 171.

[79] § 26, I., *de actionibus*, 4, 6. — § 17, I., *eodem*. - Fr. 1, § 1, *depositi*, 16, 3.

[80] GAIUS IV, 53-60. — PAUL, 1, 10.; 13b, 5. — *Consultatio veteris jcti*, c. 5. — *Codex Hermogen.* Tit. V.—§§ 33-34, J., *de actionibus*, 4, 6.—Tit., C., *de plus petitionibus*, 3, 10 — Cf. CIC., *de oratore*, 1, 36. 37.

[81] Le *plus* dans la *demonstratio* n'entraînait point de peine; de là *falsa demonstratio non nocet*. GAIUS, IV, 58. Toutefois il ne faut pas perdre de vue, que dans les *actiones in factum*, la *demonstratio* et l'*intentio* ne faisaient qu'un (§ 131, note 69, et GAIUS, IV, 60). — Le *plus* dans la *condemnatio* ne pouvait être préjudiciable qu'au défendeur, qui aurait dû payer plus qu'il ne devait; mais il obtenait facilement la restitution en entier contre le jugement. GAIUS, IV, 57. 68.

[82] *Voy.* ci-dessus, §§ 141 et 155.

[83] Les trois premières catégories n'ont guère besoin d'explication; quant à la dernière, *causa* plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis jure. Cf. GAIUS, IV, 53 et surtout, § 33, I., *de actionibus*, 4, 6.—PAUL, 1, 10, donne une autre analyse : « causa cadimus, aut *loco*, aut *summa*, aut *tempore*, aut *qualitate*.

que pour autant que l'*intentio* du demandeur se rapporte à un objet déterminé [84]. L'empereur Zénon modifia les dispositions relatives à la *plus petitio tempore*, en réduisant la peine à la perte des intérêts qui auraient couru jusqu'à l'époque de l'échéance [85]. Pour tous les autres cas, Justinien condamne le demandeur à payer le triple du dommage que le défendeur aura éprouvé par suite de la *plus petitio* [86].

Abstraction faite de ces peines, il ne reste donc plus dans le droit nouveau que la condamnation au double dans certains cas, le *jusjurandum calumniæ*, et la condamnation de la partie succombante aux frais de la procédure (§ 133, à la fin).

Observation. En traitant de la *plus petitio*, Gaïus et Justinien examinent aussi les conséquences de la *minus petitio*. Si dans l'*intentio* le demandeur avait demandé trop peu, il ne pouvait poursuivre le surplus pendant la même préture : on lui aurait opposé l'*exceptio litis dividuæ* [87]. C'était pis encore quand l'*intentio* était exacte, mais que la *condemnatio* portait trop peu ; car dans ce cas tout son droit était *in jus deductum*, il perdait tout ce que la *condemnatio* ne contenait pas, et en général le préteur refusait dans ce cas la restitution en entier [88]. Ces dispositions n'existent plus dans le droit nouveau : Zénon et Justinien ont permis au juge de suppléer ultérieurement à ce qui manquait dans l'*intentio* ou dans la *condemnatio* [89].

[84] *Certa formula*, notion qu'il faut se garder de restreindre aux *condictiones certi*. Gaius, IV, 54. *Voy.* aussi Le même, IV, 60, combiné avec la note 81 ci-dessus. Cf. aussi ci-dessus, § 138, note 38. — Il n'y avait pas lieu aux peines de la *plus petitio*, quand le demandeur avait réclamé autre chose que ce qui lui était dû ; car alors le véritable objet de son droit n'était pas *in jus deductione*. Gaius, IV, §§ 55 sqq.

[85] Encore le jour de l'échéance devait-il être prorogé d'un délai égal au temps compris entre le jour de la demande anticipée et le jour originaire de l'échéance, § 10, I., *de exceptionibus*, 4, 13 et Schrader, *ad h. t.*

[86] § 33, I., *de actionibus*, 4, 6. - Tit. C., *de plus petitionibus*, 3, 10.

[87] Gaius, IV, 56. 122. Dans ce dernier passage, il est fait mention d'un moyen analogue, *exceptio rei residuæ*. « Dilatoriæ sunt exceptiones... veluti *pacti conventi* quod factum est, verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur... cui similis exceptio est *litis dividuæ* et *rei residuæ*. Nam si quis partem rei petierit, et intra ejusdem præturam reliquam partem petat, hac exceptione submovetur, quæ appellatur *litis dividuæ*. Item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdem egerit, de quibusdam distulerit ut ad alios judices agantur, si intra ejusdem præturam de his, quas ita distulerit, agat, per hanc exceptionem, quæ appellatur *rei residuæ*, submovetur. »

[88] Gaius, IV, 57.

[89] § 34, I., *de actionibus*, 4, 6. - L. 1, § 3. L. 2, § 1, C., *de plus petitionibus*, 3, 10.

LIVRE DEUXIÈME.

DES DROITS RÉELS.

INTRODUCTION.

Des droits réels en général et de la possession.

CHAPITRE PREMIER.

DES DROITS RÉELS EN GÉNÉRAL *.

NOTION ET ESPÈCES.

§ 162.

Nous avons dit, au § 90, ce que nous entendons par droit réel. C'est notre volonté se dirigeant vers une chose, abstraction faite de tout autre individu humain, hors nous. Dès que cette volonté est reconnue et garantie par la loi, elle constitue un droit réel selon le *jus civile*. C'est par cette application directe et immédiate de la volonté humaine à une chose proprement dite, que les droits réels diffèrent des autres droits. En effet, l'objet des droits personnels n'est point une chose, mais l'individualité de la personne même à qui le droit appartient. Le but pratique d'un droit d'obligation peut bien être de nous procurer une chose, mais ce n'est là qu'une conséquence médiate, et si peu nécessaire à l'essence du droit, que celui-ci continuerait de subsister, quand même il deviendrait physiquement impossible d'obtenir ce qui en fait l'objet : ce qui constitue le véritable objet de l'obligation, c'est qu'un autre doit nous donner la chose; en d'autres termes, c'est le fait d'une autre personne déterminée. La personne du débiteur est donc un élément essentiel de tout droit d'obligation. Dans les droits réels, au contraire, notre droit s'applique directement à la

* *Voy.*, sur cette matière, M. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements, suivi d'une traduction et d'un commentaire du livre VI des Pandectes.* 2e édition, Paris, 1853.

chose; nous avons le droit et nous pouvons l'exercer, sans que l'intervention d'aucun autre homme soit nécessaire.

La manière dont nous voulons agir sur une chose ou en disposer peut être différente, et cette différence donne lieu à une grande division des droits réels, fondée sur l'étendue plus ou moins grande du pouvoir que nous sommes à même d'exercer sur la chose.

Le pouvoir le plus absolu que la loi nous accorde sur une chose est appelé droit de propriété, *dominium*.

De ce vaste pouvoir qui se manifeste de différentes manières, comme droit de disposer, droit de jouir, droit d'aliéner, etc., on a démembré quelques éléments et on les a érigés en droits séparés. Par exemple, nous avons la propriété d'un fonds, par conséquent le droit d'en disposer comme bon nous semble et d'empêcher tout autre d'en faire autant. Cependant nous pourrons accorder à un voisin le droit de passer sur notre fonds, et l'exercice de ce droit pourra avoir lieu sans que notre propriété en soit détruite. Il est vrai qu'elle a subi une restriction, une limitation; mais, abstraction faite de ce démembrement, elle continue d'exister. On comprend que ces démembrements peuvent être très-variés, et qu'il est même assez difficile de tracer une limite précise à laquelle il faut s'arrêter pour ne pas anéantir le droit de propriété. Les Romains les ont divisés en quatre catégories :

Les servitudes. *Servitutes.*

L'emphythéose. *Emphyteusis.*

La superficie. *Superficies.*

Le gage et l'hypothèque. *Pignus et hypotheca.*

Nous ferons connaître ci-après la nature particulière de chacun de ces droits démembrés. Nous nous bornerons ici à faire observer qu'ils sont tous compris sous la dénomination générale de *jura in re*, c'est-à-dire droits établis sur une chose dont la propriété appartient à un autre, *jura in re aliena*. Le droit de propriété, comme embrassant la chose entière, est souvent identifié avec la chose même. Au lieu de se servir du terme abstrait de droit de propriété, l'ancien Romain disait *hæc res mea est;* et dans la science, cette idée a même eu assez d'empire pour faire désigner ce droit par le nom de chose corporelle, en opposition à tous autres droits, choses incorporelles [1].

Observation 1. La terminologie que nous venons d'exposer : *propriété— jura in re*, est rationnelle et conforme aux sources. Dans les commentateurs des siècles derniers, on en rencontre fréquemment une autre qui n'a

[1] Par contre, les *jura in re*, particulièrement les *servitudes*, sont souvent appelés *jura*, sans autre désignation. Fr. 1, pr. D., *de condictione triticaria*, 13, 3. · Fr. 9, D., *de operis novi nunc.*, 39, 1. — Nous donnerons plus de détails sur la terminologie, quand nous traiterons des divers droits réels en particulier.

aucun de ces mérites. Ces auteurs prennent le mot *jus in re* comme synonyme de ce que nous appelons droits réels, et embrassent sous cette dénomination et les *jura in re* des Romains, et le droit de propriété. Ils désignent encore ces mêmes droits par le mot *jura in rem*, parce qu'ils les considèrent comme les seuls droits qui soient protégés par une *in rem actio*, erreur que nous avons déjà combattue au § 137, n° 1. La plupart d'entre eux font encore entrer dans la catégorie des *jura in re* ou *in rem* le droit héréditaire, parce qu'il est également protégé par une *in rem actio*. A cette catégorie ils opposent alors les droits d'obligation, sous le nom de *jura ad rem* ou *in personam*. Ce dernier nom vient de ce que les obligations sont protégées par une *actio in personam*. Quant au premier, il est puisé dans le droit canon, dont deux passages distinguent, en effet, entre *jus in re* et *jus ad rem* [2]. Ceux qui se servent du terme *jus ad rem* y voient un avantage, en ce qu'il permet d'indiquer que l'obligation, bien qu'elle puisse avoir pour effet indirect de nous procurer une chose, ne s'y rapporte cependant pas directement. En résumé, les droits patrimoniaux se diviseraient en *jura in re* ou *in rem* et *jura in personam* ou *ad rem*. Les *jura in re* ou *in rem* comprendraient l'hérédité, et ce que nous avons appelé droits réels, c'est-à-dire le droit de propriété et les démembrements de la propriété érigés en droits séparés. Les *jura ad rem* ou *in personam* ne seraient autre chose que les *obligationes* des Romains. — Nous ne pouvons admettre cette terminologie par plusieurs raisons : 1° Elle est entièrement inutile. 2° Les termes mêmes : *jus in rem, ad rem, in personam*, ne sont point romains. Le mot *jus in re* est à la vérité irréprochable en lui-même; mais en droit romain, il a une tout autre signification [3] : il en résulte qu'en le prenant dans le sens des commentateurs, on s'expose à des erreurs souvent capitales. 3° Le mot *jus in rem* favorise l'opinion erronée qui donne au mot *actio in rem* une fausse signification. 4° Enfin, la base de la distinction en *jus in rem* et *jus ad rem* n'est pas même logique, et il serait impossible d'indiquer avec précision le

[2] Cette distinction se trouve dans les deux passages suivants : C., 40, in VI, *de præbendis*, 3, 4. « Jus vero, quod secundo *ad* præbendam, non *in* præbenda hujusmodi competebat.... penitus est sublatum. » - C., 8, in VI, *de concessione præbendæ et ecclesiæ non vacantis*, 3, 7. « ... In quibus (beneficiis) jus non esset quæsitum *in re*, licet *ad rem*... »

[3] Particulièrement, ce terme ne sert jamais à désigner la propriété; même il ne se rencontre guère qu'en opposition à *dominium*. Fr. 19, pr. D., *de damno infecto*, 39, 2. « ... Sive domini sint, sive aliquod in ea re jus habeant, qualis est creditor, et fructuarius, et superficiarius. » - Fr. 30, D., *de noxal. act.*, 9, 4. « Si domini sint, sive aliquod in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius. » - Fr. 71, § 5, D., *de leg.*, *I* (30). Quia aliquod jus in eo (fundo) habet. » — Il est vrai que dans quelques autres passages le mot *jus in re* paraît être employé dans un sens plus étendu. (Fr. 2, § 22, D., *vi bon. rapt.*, 47, 8. - L. 8, § 1, C., *de præscr. xxx vel xl ann.*, 7, 39); mais toujours est-il que la signification que nous lui attribuons serait comprise dans ce sens plus étendu, et que dans aucun cas elle ne saurait donner lieu à des erreurs.

sens du mot *res* employé dans ces deux locutions. En effet, dans l'une d'elles il aurait une signification différente de celle qu'il a dans l'autre. Car, quoique la plupart des obligations se rapportent médiatement à une *res*, il en est beaucoup qui n'ont pas le rapport le plus éloigné avec une chose, par exemple toutes celles dans lesquelles le débiteur est tenu de ne pas faire quelque chose.

Observation 2. Parmi ceux qui, comme nous, rejettent la terminologie dont nous avons parlé dans l'observation précédente, il en est qui rangent le droit d'hérédité dans la catégorie des droits réels. Cela paraît assez plausible, parce que le droit d'hérédité a pour objet des choses extérieures, et qu'il existe dans la personne de l'héritier sans que l'intervention d'aucun autre individu soit nécessaire. Nous croyons cependant préférable de ne point le comprendre sous la dénomination de droits réels. En effet, dans cette hypothèse nous serions obligé de donner au mot *res* une signification trop vague, tandis que dans notre terminologie ce terme est pris dans le sens propre : objet matériel en dehors de l'homme. Ajoutons à cela que le droit héréditaire repose tout entier sur une fiction de la loi, d'après laquelle l'héritier est censé continuer la personne du défunt, et que des raisons de méthode s'opposent à ce qu'on traite en même temps le droit héréditaire, matière très-compliquée, qui suppose des connaissances préliminaires fort étendues, et les droits réels, qui, plus que toute autre partie, demandent à être exposés au commencement d'un cours dogmatique de droit romain.

COMMENT LES DROITS RÉELS S'ACQUIÈRENT.

§ 163.

Faisons d'abord observer que nous ne nous occupons point ici des acquisitions *per universitatem*, ni même des acquisitions à titre particulier qui se font à cause de mort. Il en sera question ci-après au livre cinquième. Nous ne parlerons dans ce livre que de l'acquisition de choses individuelles qui a lieu entre-vifs.

Les commentateurs se sont donné beaucoup de peine pour établir une règle générale sur l'acquisition des droits réels. Ils ont dit que cette acquisition exige deux choses, d'abord un titre en vertu duquel on peut acquérir, ensuite un acte par lequel on acquiert, ou, en latin, 1° une *causa remota, justus titulus;* 2° une *causa proxima, modus acquirendi.* Cette règle est spécieuse; un examen attentif en démontre facilement l'inexactitude. Dans beaucoup de cas on peut, à la vérité, distinguer deux éléments analogues à ceux que les commentateurs exigent. Dans la

tradition, par exemple, qui est le mode le plus fréquent de transférer la propriété, la remise de la chose, *modus acquirendi*, ne suffit pas; il faut un motif d'intention qui porte le *tradens* à transférer sa propriété, et cet élément peut être considéré, si l'on veut, comme la *causa remota* de l'acquisition de la propriété. Mais il n'en est point de même de tous les autres moyens d'acquérir les droits réels. Ainsi dans l'occupation, qui consiste dans la prise de possession d'une chose qui n'a pas de maître, on chercherait en vain la *causa remota*, le *justus titulus*. Les partisans de la règle citée cherchent à la justifier en disant que dans ce cas la loi forme le *justus titulus*, puisque c'est elle qui attribue cet effet à l'occupation. Mais si l'on admet cette explication, il faudrait dire que dans la tradition il est besoin de trois choses, savoir : 1° de la loi qui attribue à la vente, à la donation, etc., la vertu de pouvoir servir de base à l'acquisition de la propriété, ce qui constituerait une *causa remotissima*, s'il est permis de s'exprimer ainsi; 2° le motif d'intention qui porte le *tradens* à faire la tradition, *justus titulus* ou *causa remota*; et enfin, 3° la remise de la chose, *modus acquirendi, causa proxima*. Dès lors la règle cesse d'être susceptible d'une application générale. Nous verrons ci-après, en traitant des différents droits réels, que les divers modes d'acquisition sont régis par des règles particulières, qui varient suivant la nature de l'acte au moyen duquel l'acquisition se fait.

COMMENT LES DROITS RÉELS SE PERDENT.

§ 164.

Ce que nous venons de dire sur l'acquisition des droits réels s'applique également à la perte de ces droits. Les divers modes d'extinction sont soumis à des règles différentes, qui ne pourront être exposées convenablement que quand nous traiterons des droits réels en particulier. Toutefois, il est une observation générale que nous sommes obligé de présenter ici.

En parlant des actes juridiques (§ 123), nous avons dit qu'on peut ajouter à l'acquisition d'un droit des modifications dont le but est d'amener éventuellement l'extinction ou la révocation de ce même droit. Cela se fait au moyen d'un terme, *dies ad quem*, ou d'une convention conditionnelle qu'on ajoute à l'acte d'acquisition. Ainsi, lorsque je vous loue une maison pour un terme de trois ans, le droit que vous avez d'habiter cette maison cessera naturellement à l'expiration de ce terme. Pareille stipulation de révocation peut-elle être également ajoutée à l'acquisition des droits réels? Peuvent-ils être acquis de manière que l'acte d'acquisition contienne en même temps la nécessité ou l'éventualité de leur perte? Examinons

d'abord le droit de propriété. Je vous vends et vous livre ma maison, en me réservant le droit de la reprendre au même prix dans un temps déterminé : le droit de propriété sera-t-il révoqué par la déclaration que je fais de vouloir reprendre la maison? Si nous tenons compte de la nature de la propriété, la réponse doit être nécessairement négative. En effet, ce droit existe, abstraction faite de toute personne hors celle qui est le propriétaire. Or, si l'on admettait que son droit pût passer à une autre personne, et par conséquent s'éteindre dans la sienne sans qu'il y eût coopéré lui-même, on porterait évidemment atteinte à la nature de la propriété, parce qu'on y introduirait une personne étrangère, de la volonté de laquelle dépendrait l'existence ou la non-existence du droit de propriété. Il en résulte que dans le cas que nous venons d'indiquer, la convention résolutoire peut bien avoir force obligatoire pour les parties qui l'ont conclue, mais qu'elle n'influe point sur la propriété même de la chose. En d'autres termes, les dispositions que l'acquéreur a prises à l'égard de sa propriété sont valables, bien qu'il puisse être tenu personnellement de restituer la chose ou de payer des dommages et intérêts. La propriété est donc de sa nature un droit irrévocable [4]. — Les mêmes considérations ne s'appliquent point aux autres droits réels, aux *jura in re*. Il est vrai qu'ils ne demandent, pas plus que le droit de propriété, une personne déterminée qui en soit l'objet; mais ils supposent toujours une propriété étrangère sur laquelle ils sont établis, et dont ils ne sont qu'un démembrement. Il est dans leur nature de pouvoir retourner à la propriété dont ils ont été détachés, et de la reconstituer en son entier. Rien ne s'oppose donc à ce qu'on établisse un *jus in re* de manière qu'à l'avénement d'un terme ou à l'accomplissement d'une condition, il s'éteigne de plein droit et revienne à la propriété dont il faisait partie avant qu'il fût érigé en droit séparé. Pareille révocation a naturellement pour effet de révoquer ou d'annuler également toute disposition que celui qui avait le *jus in re* révocable a pu prendre à l'égard de ce droit. C'est particulièrement à ce cas que se rapporte le proverbe * *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* * [5].

[4] *Voy.* ci-après, § 180, n° 3.

[5] Exemple : Fr. 31, D., *de pignoribus*, 20, 1. « Lex vectigalis fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat : postea is fundus a possessore pignori datus est. Quæsitum est, an recte pignori datus est? Respondit : Si pecunia intercessit, pignus esse. Item quæsiit, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, fundum secundum legem domini esse, cujus potior causa esset? Respondit : Si, ut proponeretur, vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse. » — *Voy.* aussi ci-après, §§ 226. 230, n° 5. 233. 238. 254, n° 5.

DES ACTIONS SERVANT A PROTÉGER LES DROITS RÉELS.

§ 165.

De tout ce que nous avons dit sur la nature des droits réels et sur la grande division des actions en *actiones in rem* et *in personam*, il résulte évidemment que les actions servant à protéger les droits réels appartiennent à la première catégorie. En effet, l'*actio in rem* est celle que nous avons contre quelqu'un qui *nullo jure nobis obligatus erat*. Or, c'est précisément le caractère des droits réels, que d'exister dans notre personne sans obligation aucune de la part d'un autre individu.

Le but immédiat de toute action *in rem* est de faire reconnaître que nous avons le droit que le défendeur lèse ou conteste [6]. Cette reconnaissance fait droit entre parties; c'est-à-dire que le demandeur qui l'emporte dans le procès est considéré comme ayant réellement le droit, toutes les fois qu'il s'agit de la même question entre les mêmes parties [7]. La reconnaissance de notre droit a de plus inévitablement pour effet de faire cesser la lésion qu'on y a faite, particulièrement de nous faire restituer la chose dont nous avons perdu la possession. En outre, le jugement peut encore contenir d'autres éléments, par exemple, condamnation aux dommages et intérêts. Ces derniers éléments sont de leur nature personnels; car ils sont fondés sur l'obligation du défendeur de réparer le dommage qu'il nous a causé par la lésion dont il s'est rendu coupable. Il faudrait donc, à la rigueur, une action personnelle de ce chef; mais comme la condamnation qui en résulte est une conséquence de la constatation de notre droit réel, on la considère comme un accessoire de la question principale, et on la joint comme telle à l'*actio in rem*, afin de simplifier la procédure [8].

[6] *Voy.* ci-dessus, § 157, note 14.
[7] *Voy.* ci-dessus, § 155, notes 37 et suivantes.
[8] *Voy.* ci-dessus, § 157, n° II, et ci-après, § 205.

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION [9].

NOTION ET DIVISIONS [*].

§ 166. *Notions générales.*

Avant d'exposer les droits réels, nous sommes obligé de dire quelques mots du pouvoir que l'homme peut exercer sur une chose, abstraction faite de la question de savoir s'il a ou non le droit de l'exercer. Ce pouvoir physique de l'homme sur une chose est appelé possession. La possession contient donc deux éléments qui se trouvent également dans la propriété : savoir, la volonté de l'homme et une chose soumise à cette volonté. Mais la propriété exige de plus, comme condition essentielle, que la chose ait été soumise à notre volonté d'une manière reconnue et garantie par la loi. Pour qu'il y ait possession, il suffit que nous ayons le pouvoir de disposer d'une chose, peu importe que ce pouvoir soit ou non conforme au droit.

Mais s'il en est ainsi, comment le droit peut-il s'occuper de la possession, et comment la possession a-t-elle pu être considérée comme une institution du droit? Une considération bien simple fera comprendre que la législation s'est trouvée dans la nécessité de reconnaître ce simple fait, et de lui imprimer ainsi un caractère de droit. En effet, que peut faire la loi vis-à-vis de celui qui se trouve en possession d'une chose, sans qu'il soit établi qu'il a acquis la chose d'un manière légale? Certes, elle ne protégera pas sa possession comme elle protégerait un droit légalement acquis; mais tant qu'il n'est pas prouvé que cet état de choses lèse les droits d'un autre, elle respectera la volonté de l'homme qui s'est manifestée par la prise de la chose. Elle maintiendra le *statu quo*, à moins qu'elle n'acquière la certitude qu'il contient une violation des droits acquis. Or, cette certitude ne peut être obtenue qu'au moyen d'une preuve légale fournie en justice. Il en résulte que la loi doit garantir la possession contre tout trouble qui y serait apporté extrajudiciairement. Le respect dû à la volonté de l'homme et le principe fondamental de tout pouvoir social, d'après lequel l'individu ne peut se faire justice à lui-même, concourent donc à assurer au simple

[9] Nous suivons, dans l'exposé de cette matière, l'ouvrage de M. DE SAVIGNY. *Das Recht des Besitzes*, publié en 1803, et dont la sixième édition a paru en 1836. — Des traductions françaises de ce livre important ont été faites par M. BEVING, Bruxelles, 1840, et par M. FAIVRE D'AUDELANGE, Paris, 1842. — MM. WARNKÖNIG (*Thémis*, t. III et IV) et LERMINIER en ont publié des analyses.

[*] Tit. D., *de acquirenda vel amittenda possessione*, 41, 2. - Tit. C., *de acquirenda et retinenda possessione*, 7, 32.

fait de la possession une certaine garantie et une protection légale [10]. Cette idée rationnelle a été adoptée et sanctionnée par les Romains, et c'est par suite de cette sanction que la possession est entrée dans leur système légal.

Le droit romain a créé à cet effet des actions particulières. A parler rigoureusement, l'action suppose, à la vérité, un droit (§ 136), et ne devrait par conséquent point s'appliquer au simple fait de la possession. Mais par les raisons que nous venons d'indiquer, on a voulu protéger le possesseur dans la manifestation de sa volonté contre les agressions extra-judiciaires. A cet effet le préteur lui a promis un interdit contre toute personne qui lèse son individualité en portant atteinte à sa possession, soit en le dépouillant de la chose, soit en le troublant dans l'exercice du pouvoir dont il jouit. Le besoin de cette protection devait se faire sentir avant tout à l'égard des agressions faites de vive force, *vis*. Par des motifs analogues, on l'accordait quand la lésion avait eu lieu clandestinement, *clam*, ou par un abus de confiance, *precario*. En effet, la détention de celui qui nous prend furtivement une chose, mérite moins d'être protégée que notre possession, lésée par sa soustraction. De même celui qui a obtenu de nous une chose momentanément et par faveur, *precario*, ne doit pas se prévaloir de ce que peut être nous nous trouvons dans l'impossibilité d'établir que la chose nous appartient : le seul fait qu'il la tient de nous l'oblige à nous la restituer.

Tel est l'effet juridique du simple fait de la possession [11], et c'est à ce titre que la possession figure dans le système des Romains. Elle y figure à un titre plus important encore, comme pouvant servir de base à l'acquisition de la propriété. Celui qui possède, au vu de tous les citoyens, une chose pendant un temps déterminé, peut en effet, par ce fait, en acquérir la propriété. Cette acquisition s'appelle *usucapio*, de *usus* et *capere*, acquérir par la possession. Mais pour que la possession produise cet effet, les Romains exigent quelque chose de plus que la simple soumis-

[10] C'est à ce double caractère de la possession (1° d'être par sa nature et par son origine un simple *fait*, 2° d'avoir à certains égards l'effet d'un *droit*) que se rapportent plusieurs textes de nos sources. *Voy.* Fr. 1, § 3, D., *de acquirenda vel amittenda possessione*, 41, 2. « (Possessionem) enim rem *facti*, non *juris* esse, » et les Fr. 19, D., *ex quibus causis maj.*, 4, 6. - Fr. 53, D., *de acquir. rerum dominio*, 41, 1. — Par contre, d'après le Fr. 49, § 1, D., *de acq. vel amitt. possess.*, 41, 2. « Possessio non tantum corporis sed et *juris* est ; » et c'est par ce motif que « plurimum ex jure possessio mutuatur. » - Fr. 49, pr. D., *eodem*.

[11] Les jurisconsultes des siècles derniers attribuent à la possession un grand nombre d'effets légaux : *Beati possidentes*. L'un d'eux paraît avoir imaginé jusqu'à soixante-douze béatitudes juridiques de la possession. M. DE SAVIGNY, § 3, a purgé la science de ces erreurs. Cependant nous ne pouvons nous ranger entièrement de son avis, quand il admet deux effets de la possession, les *interdits* et l'acquisition de la propriété par *usucapion*. Car, bien que ce soit spécialement par rapport à cette dernière institution que le Digeste s'occupe de notre matière, il est cependant impossible de considérer l'usucapion comme un effet de la *seule* possession.

sion de la chose au pouvoir de celui qui veut acquérir : il faut en outre que la prise de possession ait eu lieu de sa part avec la croyance qu'il avait le droit de la prendre, *bona fides*, et par suite d'un acte qui pouvait l'autoriser à se croire propriétaire, *justus titulus*. L'usucapion, tout en exigeant la possession, n'est donc point un effet de la simple possession, et c'est par ce motif qu'elle trouvera mieux sa place au titre qui traite du droit de propriété.

Observation. D'après l'exposé que nous venons de faire, il est facile de déterminer les rapports qui existent entre la *propriété* et la *possession*. En égard à leur origine et à leur nature, ces deux institutions n'ont rien de commun [12]; car la propriété est de sa nature un droit et ne peut prendre naissance que de la manière prescrite par la loi, tandis que la possession est un simple état de fait, qui peut exister abstraction faite de tout droit et qui ne suppose aucun mode légal d'acquisition. Cependant, dans leur manifestation extérieure et apparente, la propriété et la possession peuvent se confondre; car la possession n'est autre chose que l'exercice des pouvoirs qui sont contenus dans le droit de propriété. Le propriétaire a le droit d'avoir la possession de la chose qui lui appartient; mais il peut se faire qu'il ne l'ait pas de fait. — En tenant compte de ces considérations, on ne sera jamais exposé à confondre les termes *jus possessionis* et le droit de posséder qu'on peut appeler *jus possidendi*. Par *jus possessionis* on entend le simple fait de la possession considéré sous le rapport des avantages légaux qu'il procure [13]; le *jus possidendi* n'appartient qu'à celui qui a le droit d'avoir la chose. Ainsi le voleur à le *jus possessionis*, c'est-à-dire, il peut se prévaloir des interdits possessoires, par cela seul qu'il tient la chose dans ses mains. Par contre, le propriétaire a le *jus possidendi* quand même il serait privé de la chose.

§ 167. *Conditions requises.*

La possession est le pouvoir physique que l'homme exerce sur une chose dans l'intention de l'exercer pour lui, abstraction faite de la question de savoir s'il a ou non le droit de l'exercer. Pour que nous ayons la possession d'une chose, il faut donc :

1° *Corpus*, le pouvoir physique sur la chose. Il faut qu'il nous soit physiquement possible [14] de disposer de la chose comme bon nous

[12] Fr. 12, § 1, D., *h. t.*, 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum possessione. » - Fr. 52, pr. D., *eodem*. « Nec possessio et proprietas misceri debent. »

[13] *Voy*. Fr. 44. pr. D., *eodem*. - Fr. 2, § 38, D., *ne quid in loco publ.*, 43, 8. - Fr. 5, § 1, *ad legem Juliam de vi publica*, 48, 6.

[14] Ainsi le possesseur d'un immeuble n'a pas la possession du trésor qui y est enfoui et dont il ignore l'existence; car il ne peut en disposer, et d'autres peuvent le déterrer avant

semble et à l'exclusion de tout autre. Il est donc évident que plusieurs ne peuvent posséder la même chose, chacun en entier. *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt* [15]. Rien ne s'oppose cependant à ce que plusieurs personnes ensemble aient la possession de la même chose *pro indiviso;* car, dans ce cas, ce n'est pas la volonté de chacune d'elles, mais la volonté commune, qui dispose de la chose [16]. — A ces règles, dérivant de la nature des choses, il faut ajouter les dispositions de la loi qui ne reconnaissent point de possession à l'égard des *res extra commercium* [17], et refusent aux personnes sous puissance la possibilité légale de posséder pour elles-mêmes [18].

lui. D'ailleurs, abstraction faite de [illegible]tte éventualité, il n'a pas même la conscience du pouvoir qu'il pourrait éventuellement avoir. Fr. 3, § 3. Fr. 44, D., *h. t.*, 41, 2; Fr. 15, D., *ad exhib.*, 10, 4. Celui qui loue sa maison à un autre n'en con[illegible]e pas moins de la posséder; mais il ne possède pas les meubles que le locataire y a in[illegible]. Cela résulte déjà de ce que le bailleur n'a pas l'*animus possidendi*. Mais, abstraction faite de ceci, il n'a pas le pouvoir physique; car il n'y a que le locataire qui en dispose. Pris dans ce sens le Fr. 30, pr. D., *h. t.*, n'est point en contradiction avec le Fr. 18, § 2, D., *eodem*, qui dit que le possesseur de la maison est aussi possesseur des choses qui se trouvent dans la maison. — C'est par des raisons physiques analogues qu'une chose faisant partie intégrante d'une autre chose ne peut être possédée, abstraction faite de la possession de cette dernière. Nous aurons à développer cette considération quand nous nous occuperons de l'usucapion, ci-après, § 199, B et C.

[15] Fr. 5, § 15, D., *commodati*, 13, 6. « ... Celsus... ait, duorum... *in solidum* d[illegible]nium vel possessionem esse non posse. » - Fr. 3, § 5, D., *h.* [illegible]lures eandem rem *in solidum* possidere non possunt : contra naturam quippe est, ut, c[illegible] ego aliquid teneam, tu quoque id teneri videaris. » Dans ce même passage, Paul nous apprend que Trebatius et quelques Sabiniens avaient pensé qu'on pouvait admettre des exceptions à cette règle fondée dans la nature des choses. Mais cette opinion, qui d'ailleurs reposait sur un simple malentendu, avait été combattue par Labéon, Ulpien et Paul, et se trouve définitivement rejetée dans le droit de Justinien.

[16] Fr. 26, D., *de acq. vel amitt. poss.*, 41, 2. — Dans ce cas on peut dire, bien que l'expression ne soit pas tout à fait exacte (ci-après, § 168, note 26), que nous avons la possession d'une quote-part, d'une part intellectuelle de la chose possédée en commun. — Peut-on posséder une partie matérielle d'une chose sans posséder la chose même dont elle fait partie? Cette question sera examinée, en même temps que celle indiquée vers la fin de la note 14, ci-après § 199, B et C.

[17] Fr. 3, § 17. Fr. 30, § 1. 3. D., *h. t.* — L'homme libre est certes également hors du commerce; cependant les Romains admettaient qu'il pût être possédé par celui qui le croyait esclave, § 4, I. *per quas personas nobis acquiritur*, 2, 9. - Fr. 1. § 6. Fr. 23, § 2. Fr. 30, § 14. Fr. 38. pr. D. *h. t. Voy.* encore ci-après, § 172, et t. III. §§ 415. 416.

[18] Fr. 49, § 1, D., *h. t.* Qui in aliena potestate sunt rem peculiarem tenere possunt : habere, possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et juris est. » - Fr. 24. 30, § 3, D., *eodem*. - Fr. 93, D., *de reg. juris*, 50, 17. *Voy.* pour les détails ci-après, § 172, et t. III, §§ 411. 414.—Les prisonniers de guerre se trouvent sur la même ligne que les esclaves; même les hommes libres possédés comme esclaves (*voy.* la note précédente) sont déclarés incapables de posséder. Fr. 23, § 1, D., *h. t.* « ... Qui in hostium potestatem pervenerunt... corporaliter... possessionem amittunt. Neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur... *Voy.* ci-après, § 184, et t. III, §§ 413. 416. - Fr. 118, D., *de reg. juris*, 50, 17. « Qui in servitute est (ci-après, § 169, note 32) usucapere non potest : nam, cum possideatur, possidere non videtur. » *Voy.* ci-après, t. III, § 415.

2° *Animus possidendi*, c'est-à-dire l'intention d'avoir la chose pour nous. Cette intention est exprimée d'une manière plus énergique par les termes *animus rem sibi habendi, animus domini* [19]. Les personnes qui n'ont pas de volonté, par exemple les personnes civiles, les fous, les enfants, ne sont point capables de cet *animus possidendi;* mais elles peuvent exercer le pouvoir physique sur une chose, et par conséquent posséder, par leurs représentants, les syndics, les curateurs et les tuteurs [20]. — Il peut se faire que nous tenions une chose en notre pouvoir, même avec l'intention d'en disposer à certains égards, mais sans vouloir en disposer en maître. Ainsi, quand nous avons emprunté une chose pour notre usage, nous voulons user de la chose, mais notre intention n'est point de l'avoir comme si elle nous appartenait : nous n'entendons aucunement méconnaître le droit que le prêteur a sur le chose; bien au contraire, en usant de la chose, nous agissons conformément à sa volonté. Nous ne possédons pas alors dans la véritable acception du mot; nous ne faisons que détenir au nom de celui qui nous a prêté la chose [21]. Il en est de même de tous ceux qui, quoique ayant une chose en leur pouvoir, reconnaissent le pouvoir légal qui appartient à un autre sur la chose, par exemple le locataire, l'usufruitier, le dépositaire, etc.

Dès que ces deux conditions, la détention physique et l'intention d'avoir la chose pour nous, se trouvent réunies, il y a possession, et nous pouvons prétendre à la protection des intérêts possessoires, qui imprime au simple fait un caractère de droit. La réunion de ces deux conditions suffit à cet effet; mais aussi elle est indispensable, car sans elle le fait même n'existerait pas. Toutefois, il est à remarquer que le droit romain attribue dans certains cas les effets qui résultent de la possession à des rapports qui réellement ne contiennent pas ce fait, parce que l'une des conditions essentielles ne s'y trouve point. Ainsi, par exemple, le créancier gagiste détient à la vérité la chose qui lui est donnée pour sûreté de sa créance, mais il ne la détient point dans l'intention de l'avoir pour lui. Il n'a donc pas la possession dans le sens propre; il ne fait que détenir au nom de celui qui lui a donné la chose en gage. Pourtant la loi lui accorde les interdits possessoires, comme s'il possédait. Et comme ce sont ces actions qui donnent à la possession proprement dite le caractère juridique et l'importance pratique, on a donné au droit du créancier gagiste le nom de possession, quoiqu'il y manque une des conditions essentielles, savoir l'*animus sibi*

[19] Ces termes ne se trouvent pas dans nos sources, mais l'usage en est consacré par THÉOPHILE, ad § 4, I., *per quas pers. nobis acquiritur*, 2, 9. « νομὴ δέ ἐστι, τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι » et ad § 2, I., *per quas pers. nob. obl. acquir.*, 3, 28. « τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν.

[20] Fr. 1, § 3. 22. Fr. 2. D. *h. t.*, et ci-après § 170, note 68.

[21] Fr. 18, pr. D , *h. t.*, 41, 2. « ... Nec idem est *possidere* et *alieno nomine possidere*; nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium. » - Fr. 9. 12, pr. Fr. 30, § 6, D., *eodem*. - Fr. 9, D., *de rei vind.*, 6, 1.

habendi. Cette manière d'agir n'est pas sans exemple dans les législations positives. C'est ainsi que l'on donne le nom de personne à certains êtres fictifs qui ne sont pas des personnes, uniquement parce que la loi leur attribue la capacité d'avoir des droits, qualité qui résulte de la nature de la personne. C'est de la même manière encore que dans le droit romain le mot action est souvent employé au lieu du mot droit. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dans l'espèce dont nous venons de parler, le nom d'un rapport de droit soit employé pour désigner la faculté d'intenter les actions qui servent spécialement à protéger ce rapport; car quand le droit romain donne au créancier gagiste la possession de la chose engagée, cela veut dire tout simplement qu'il peut intenter les interdits possessoires pour se maintenir dans la détention du gage ou pour le reprendre, s'il vient à en être dépouillé. — On conçoit aisément le motif qui a engagé le législateur à accorder cette faveur au créancier gagiste; c'était en effet un moyen très-efficace de lui donner la garantie qu'il cherchait à obtenir en exigeant la remise du gage. Des motifs analogues ont fait accorder le même avantage à celui qui détient la chose d'autrui comme emphytéote, comme superficiaire ou à titre précaire. Enfin, nous trouvons que dans un cas particulier de dépôt, appelé séquestre, la possession peut également être attribuée à la personne qui a reçu le dépôt.

En résumé, la possession exige le pouvoir physique sur une chose et l'intention d'exercer ce pouvoir pour soi. Sans la réunion de ces deux conditions, point de possession dans le sens juridique; toutefois, la loi a appliqué le nom de possession à certains cas où il y a détention physique d'une chose sans l'intention de l'avoir pour soi, savoir à l'emphytéose, à la superficie et au gage [22], ainsi qu'au précaire, avec la modification, pour ce dernier cas, que le contraire peut être stipulé, et au séquestre si la possession est expressément attribuée à la personne qui est chargée du dépôt [23]. Cette possession sans *animus domini*, que l'on appelle possession dérivée ou transmise, n'implique, au reste, autre chose que le pouvoir d'intenter en nom propre les actions possessoires. Les autres effets que la possession peut éventuellement produire continuent d'agir en faveur de la personne qui a l'*animus domini* à l'égard de la chose; et, spécialement, c'est elle qui continue l'usucapion, si elle était en train d'usucaper au moment où la pos-

[22] Emphytéose. Fr. 31, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 23, § 1, D., *de usuris*, 22, 1 et ci-après, § 233. — Superficie. Fr. 13, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 1, § 1, D., *de superficiebus*, 43, 18 et ci-après, § 238. — Gage. Fr. 35, § 1. Fr. 37, D., *de pign. act.*, 13, 7. - Fr. 1, § 15. Fr. 3, § 23. Fr. 36. 40, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 16, D., *de usurpationibus*, 41, 3. - Fr. 3, § 8, D. *uti possidetis*, 43, 17 et ci-après, §§ 239. 240. 247.

[23] Precarium. Ci-après, t. II, § 326 et Fr. 36, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 4, § 1, D., *de precario*, 43, 26. *Voy.* aussi Fr. 10, pr. § 1, D., *de acq. poss.*, 41, 2. Cf. Fr. 21, § 3, D., *eodem*, et Fr. 33, § 6, D., *de usurpat.*, 41, 3. - Séquestre. Fr. 36, D., *de acq. poss.*, 41, 2 et Fr. 17, § 1, D., *depositi*, 16, 3. *Voy.* ci-après, t. II, § 322.

session dérivée a commencé dans la personne des gagiste, précaire, etc. [24].

OBSERVATION. Le terme possession dérivée ou transmise, appliqué à la possession sans *animus domini*, n'est pas d'origine romaine [25]. Il indique assez bien la nature de l'institution; mais il ne nous paraît pas qu'il soit nécessaire d'inventer un nom particulier pour les cas qui rentrent dans cette catégorie, et de compliquer ainsi davantage la terminologie.

§ 168. *De la* juris possessio *ou* quasi possessio.

L'idée de la possession, emportant celle du pouvoir physique sur une chose, ne s'applique rigoureusement qu'aux objets matériels [26]. Envisagée dans ses rapports avec le droit de propriété, la possession se manifeste cependant encore comme l'exercice des pouvoirs compris dans ce droit. Or, à ce point de vue pratique, l'idée a paru susceptible d'être étendue à d'autres droits réels, spécialement aux droits de servitude, qui sont des démembrements du droit de propriété, et l'on a considéré comme possesseur d'une servitude celui qui exerce les pouvoirs contenus dans le droit de servitude. Ainsi, par exemple, si j'ai acquis d'une manière conforme à la loi la faculté de placer les poutres de ma maison dans le mur du voisin, j'ai le droit de servitude, *jus* ou *servitus tigni immittendi*. Mais il peut se faire que j'exerce cette faculté, c'est-à-dire que j'aie des poutres placées dans le mur du voisin sans en avoir le droit: dans ce cas, je n'aurai que la possession du *jus tigni immittendi*. Enfin, si j'ai des poutres placées dans son mur en vertu d'une acquisition légale, j'aurai à la fois le droit et la possession de la *servitus tigni immittendi*. L'exercice du pouvoir contenu dans une servitude, abstraction faite de la question de savoir si l'on a le droit de l'exercer, est appelé *quasi possessio* ou *juris possessio*, en opposition à la possession d'une chose corporelle, *possessio corporis* [27]. — Pour que pareille *juris* ou *quasi possessio* ait lieu, il faut également la réunion

[24] Ci-après, § 246 et § 326, n° 3, ainsi que Fr. 29, D., *de pign. act.*, 13, 7. - Fr. 1, § 15. Fr. 13. § 7. Fr. 30, 36, D., *h. t.*, 41, 2. - Fr. 16, D., *de usurpat.*, 41, 3. — Mais *Voy.* Fr. 39, D., *h. t.*, 41, 2. « Interesse puto, qua mente apud seqnestrum deponitur res : nam si, omittendæ possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non provederet; at si custodiæ causa deponitur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. »

[25] M. DE SAVIGNY emploie le terme allemand *abgeleiteter Besitz*, qui est mieux rendu par *possession dérivée* que par *possession transmise*.

[26] Fr. 3, pr. D., *de acq. poss.*, 41, 2. « Possideri autem possunt quæ sunt corporalia. » - Fr. 4, § 27, D., *de usurpat.*, 41, 3. « Quia nec possideri intelligitur jus incorporale. »

[27] GAIUS, IV, 139 - Pr. I., *de interdictis*, 4, 15 - Fr. 23, § 2, D., *ex quib. caus. maj.*, 4, 6 - Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5 - Fr. 3, § 17, D., *de vi*, 43, 16 - Fr. 2, § 3, D., *de precario*, 43, 26. — *Voy.* aussi Fr. 2, in f. D., *communia prædiorum*, 8, 4 - Fr. 4, in f. D., *de itinere*, 43, 19.

des deux conditions constitutives de l'idée de la possession, savoir : 1° l'exercice du pouvoir qui est contenu dans le droit en question, 2° *animus possidendi*, l'intention d'exercer ce droit pour soi [28].

A la première vue, on pourrait croire que l'idée de la *juris possessio* est susceptible d'être appliquée à tous les droits. Les Romains l'ont cependant, avec raison, restreinte aux servitudes ; encore l'application qu'ils en ont faite à cette matière a-t-elle donné lieu à de grandes difficultés. Ils ne l'ont point étendue aux autres *jura in re* [29], moins encore aux droits personnels et aux droits d'obligations, à l'égard desquels, en effet, l'idée de l'exercice d'un pouvoir physique n'est admissible sous aucun rapport [30].

§ 169. *Terminologie et divisions.*

1. *Possessio naturalis*. — *Possessio*. — *Possessio civilis*. Le seul pouvoir que l'on a sur une chose, sans l'*animus possidendi*, n'a aucune importance en droit. C'est un état de choses dont la loi ne s'occupe pas, c'est la simple détention, qu'on appelle aussi *possessio naturalis* pour indiquer qu'elle ne signifie rien en droit civil [31]. C'est par le même motif qu'on dit que ceux qui gardent ainsi une chose *tenent, non possident*, quoiqu'ils soient *in possessione* [32]. — Mais dès que l'intention de posséder se joint au pouvoir

[28] *Voy.* les détails ci-après, § 221.

[29] *Voy.* ci-après, §§ 233 et 235. 253. Pour le droit de *superficie* la question est controversée. Ci-après, § 238.

[30] Il est vrai que dans quelques passages (Fr. 14, D., *de probat.*, 22, 3. - Fr. 10. 28, D., *de liberali causa*, 40, 12) il est question de *possessio ingenuitatis* et *libertatis*, mais le mot n'y est point employé dans un sens technique. On ne peut donc point admettre en droit romain la définition de Pothier, *Traité de la possession*, n. 38. « En général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit en est une quasi-possession. » Cette extension s'accorde, à la vérité, avec l'esprit de la langue française, qui permet même de dire, qu'un acteur est en possession d'amuser le public ; mais elle est très-dangereuse quand il s'agit de déterminer la nature et les limites d'un droit. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les raisonnements faibles et erronés dont se servent la plupart des auteurs qui admettent en droit naturel la propriété intellectuelle ou littéraire. — Le Code civil s'est écarté de la terminologie sévère du droit romain : il admet la possession d'état et la possession d'une créance. Toutefois, il serait difficile de faire entrer dans l'idée de la possession ce qu'il entend par possession d'une créance. *Voy.* les considérations que nous aurons à présenter ci-après, § 221.

[31] Fr. 3, § 3, 13. Fr. 12, pr. D., *h. t.* - Fr. 38. § 10, D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 38, § 7, D., *de verborum obl.*, 45, 1.

[32] Fr. 1, § 10. Fr. 24, 49, § 1, D., *h. t.* - Fr. 9, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 38, § 8, D., *de verb. obl.*, 45, 1. - Théophile, *ad Inst.*, III, 29, 2. Des expressions analogues à in possessione esse se rencontrent dans d'autres matières : in servitute esse, in libertate esse, se trouver en état de servitude sans être esclave, se trouver en état de liberté sans être légalement libre ; (ci-après, t. III, § 416. 417) ; de même in bonis esse, des choses qui nous appartiennent sans que nous puissions nous en dire propriétaires d'après le *jus civile* (ci-après, §§ 177. 178. — Cependant la locution in possessione esse s'emploie aussi quand il s'agit de la véritable possession, § 5, I., *de interdictis*, 4, 15. - L. 2, C., *de acq. et relin. poss.*, 7, 32.



physique, il y a *possessio* dans le sens juridique. Cet état de choses est garanti par les interdits, et c'est à lui que s'applique le terme *possessio* par excellence [33]. — Parfois les qualifications *civilis, jure civili, civiliter* accompagnent les mots *possessio, possidere* pour indiquer que dans l'espèce la possession a un caractère civil, soit par son origine, soit par rapport à ses effets [34], de manière que le sens de la locution *civiliter non possidere* peut varier selon le point de vue auquel on se place et le terme qui forme antithèse [35]. En général, cette terminologie n'a point chez les Romains, qui se servent de leur langue vulgaire, la signification précise et rigoureuse que nous avons l'habitude d'attacher aux termes techniques empruntés à une langue étrangère [36]. C'est pourquoi nous nous abstiendrons des locutions mentionnées, et nous nous servirons, quand il importera de distinguer, des termes suivants, qui indiquent avec plus de précision l'idée qu'il s'agit de rendre, et qui d'ailleurs sont également consacrés dans le langage romain : détention ou simple détention ; possession proprement dite ou *possessio ad interdicta ; possessio ad usucapionem* [37].

II. *Possessio justa.* — *Possessio injusta.* On peut entendre par possession juste toute possession qu'on a le droit d'avoir [38]. Mais dans un sens plus restreint les termes *possessio justa* et *possessio injusta* se rapportent à la manière dont la possession a été acquise. Dans ce sens, la possession est injuste ou vicieuse quand elle a commencé *vi, clam aut precario*, et l'on appelle *justa* celle dont l'acquisition n'est entachée d'aucun de ces vices [39].

[33] *Voy.* la plupart des passages cités aux §§ 166. 167, et particulièrement. Fr. 3, § 3. Fr. 11, § 1. Fr. 12, § 1. Fr. 24. 49, § 1, D., *h. t.*, 41, 2. - Fr. 1, § 2, D., *pro donato*, 41, 6. Cf. Fr. 1, § 4, D., *h. t.* et Fr. 9, § 1, D., *de vi*, 43.

[34] Ces termes ne peuvent naturellement jamais s'employer quand il s'agit de la simple détention ; mais ils peuvent s'appliquer soit à la *possessio ad interdicta*, soit à celle *ad usucapionem*. M. de Savigny réserve la qualification de *possessio civilis* (qui au reste ne se rencontre qu'une seule fois dans nos sources. Fr. 2, § 1, D., *pro herede*, 41, 5) à la seule *possessio ad usucapionem* ; mais cette acception nous paraît trop restreinte. Il n'est pas à contester, en effet, que la locution *civiliter possidere* ne s'entende parfois de la simple possession avec *animus domini* (Fr. 2, § 1, D., *pro herede*, 41, 5, combinée avec Fr. 33, § 1, in f. D., *de usurpat.*, 41, 3, et Fr. 3, § 20, D., *de acq. poss.*, 41, 2), et que particulièrement *civiliter non possidere* ne se dise quelquefois quand on nie tout simplement cet *animus domini*, sans qu'il s'agisse d'usucapion. Il est vrai que la dernière phrase du Fr. 3, § 15, D., *ad exhib.*, 10, 4, donne un meilleur sens d'après M. de Savigny ; mais l'ensemble du texte est cependant plutôt contraire à sa terminologie.

[35] Fr. 24, D., *h. t.* - Fr. 7, § 1, D., *ad exhibendum*, 10, 4. - Fr. 26, pr. D., *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1. combiné avec Fr. 1, D., *eodem ;* Fr. 1, § 4, D., *h. t.* et Fr. 9, § 1, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 38, § 7. 8, D., *de verb. obl.*, 45, 1.

[36] § 5, I., *de interdictis*, 4. 15. - Fr. 9, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 1, pr. § 1, D., *h. t.* - Fr. 2, D., *pro herede*, 41, 5 - L. 2, C. *h. t.*, 7, 32 et *passim*.

[37] Fr. 1, § 15, D., *h. t.* « ... possideri ad usucapionem... » - Fr. 16, D., *de usurpat.*, 41, 3. « ... qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet... »

[38] Fr. 13, § 1, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2. - Fr. 7, § 8, D., *communi dividundo*, 10, 3.

[39] Térence, *Eunuchus*, II, 3, 27, 28. — Gaius, IV, 151. - § 4, I., *de interdictis*, 4, 15. - Fr. 6, pr. 13, § 13. Fr. 53, D., *h. t.*, 41, 2. - Fr. 1, § 28, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 1, pr.

— Pour notre matière, il importe en général peu que la possession soit juste ou injuste [40].

III. *Bonæ fidei possessio — malæ fidei possessio* [41]. On possède de bonne foi quand on croit que l'on a le droit d'avoir la chose pour soi; en d'autres termes, quand on se croit propriétaire de la chose qu'on possède. Toutes les fois que l'on possède sans avoir cette croyance, on est possesseur de mauvaise foi [42]. — Cette distinction, au reste, n'influe en rien sur le droit d'intenter les interdits.

IV. Enfin, on désigne par le nom de *ficta possessio* une fiction de la loi en vertu de laquelle une personne qui ne possède réellement pas est cependant considérée comme si elle possédait. Nous devons nous borner ici à mentionner cette action, indifférente à notre matière, sauf à en montrer l'importance à l'endroit convenable [43].

COMMENT LA POSSESSION S'ACQUIERT.

§ 170. *Règles générales.*

La possession n'étant point un droit quant à son origine, la loi ne devrait pas, à la rigueur, fixer les règles de l'acquisition de la possession. Toutefois, comme elle produit des effets juridiques, il importe de déterminer à quel moment elle est acquise; et par le même motif, la loi a pu modifier les principes qui résultent de la nature des choses.

Comme la possession suppose nécessairement le pouvoir physique sur une chose avec l'intention de la posséder, il est évident qu'elle ne peut être acquise que pour autant : 1° que nous ayons fait un acte qui nous mette à même de tenir la chose et d'en disposer comme bon nous semble; c'est ce que les modernes appellent * *apprehensio*; * 2° que nous ayons pris le pouvoir dans l'intention de l'exercer pour nous, *animus possidendi* [44].

§ 3, 5, 9, D., *uti possidetis*, 43, 17. - Fr. 1, pr. D., *de precario*, 43, 26. - L. 7, 11. C., *h. t.*, 7, 32.

[40] « In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. » Fr. 3, § 5, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 2, D., *uti possidetis*, 43, 17. — *Voy.* ci-après, § 174, sqq., et surtout § 175, note 25.

[41] Gaius, II, 43. - Pr. I., *de usucap.*, 2, 6. - Fr. 109, D., *de verborum signif.*, 50, 16, et *passim*.

[42] On peut être possesseur de bonne foi et avoir une possession injuste, par exemple quand on s'empare de vive force, *vi*, d'une chose dont on croit être propriétaire. Par contre, on peut avoir une possession juste tout en étant de mauvaise foi, par exemple quand on a acheté une chose qu'on savait ne pas appartenir au vendeur.

[43] *Voy.* ci-après, § 204, vers la fin.

[44] « Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore, aut per se animo. » Fr. 3, § 1, D., *h. t.*, 41, 2. - Fr. 8. 34, pr. D., *eodem*.

Nous examinerons ces deux points en détail.

I. L'*appréhension* consiste toujours dans un acte qui nous met à même de disposer physiquement et matériellement de la chose à l'exclusion de tout autre. Il va sans dire que nous avons appréhendé une chose que nous tenons dans la main : mais il n'est pas nécessaire que nous la tenions ou même que nous la touchions seulement. Il peut se faire que nous touchions une chose sans que nous puissions en disposer, par exemple les vagues de la mer, que nous pouvons toucher de notre rame ou de notre main sans en avoir aucunement la possession [45]. Par contre, il se peut fort bien que nous soyons à même de disposer d'une chose sans que nous la touchions ou que nous la tenions matériellement. Ainsi nous avons la possession des choses que nous avons enfermées dans l'armoire dont nous tenons la clef, etc. Cette vérité se trouve exprimée dans un passage de Paul, qui dit que sans toucher une chose nous pouvons en acquérir la possession, par cela seul qu'elle est à portée de notre volonté ou de notre vue [46]. — La nature de l'appréhension ainsi constatée, faisons application de l'idée que nous venons d'analyser. Trois hypothèses peuvent se présenter : 1° prendre possession d'une chose qui ne se trouve actuellement au pouvoir de personne; 2° prendre possession d'une chose qui se trouve déjà au pouvoir d'un autre, avec son consentement; 3° en prendre possession, sans son consentement. — L'hypothèse la plus facile est évidemment la seconde, dans laquelle une personne qui a déjà le pouvoir sur une chose nous le transmet de son gré; c'est ce que l'on appelle tradition [47]. Car dans ce cas nous n'avons pas besoin de créer un pouvoir physique, nous n'avons qu'à accepter la transmission d'un pouvoir déjà existant. A cet effet, il suffit, quand il s'agit d'immeubles, que celui qui veut nous céder sa possession nous autorise, en présence du fonds, à en disposer; pourvu, bien entendu, qu'aucun obstacle physique ne s'oppose à ce que son autorisation sorte ses effets, ou, comme les Romains disent, que la possession du fonds soit *vacua*. Aucun autre acte physique n'est nécessaire;

[45] M. de Savigny, *Traité de la possession*, §§ 14 et suiv. — *Voy.* aussi ci-après, § 172, note 88.

[46] Fr. 1, § 21, D., *h. t.*, 41, 2. « ... Non esse enim corpore *et tactu* necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu : et argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint (venditor et emtor), et vina tradita videri, cum clavea cellæ vinariæ emtori... traditæ fuerint. » Au lieu des mots *et tactu*, les manuscrits lisent *et actu*; mais l'ensemble de la phrase exige *et tactu*, leçon qui au reste s'obtient de la manière la plus facile au moyen d'une gémination. *Voy.* ci-dessus, § 144, note 6. - Fr. 3, § 1, D., *eodem*. « ... Quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet : sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire; dum mente et cogitatione sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere. »

[47] C'est à cette hypothèse que se rapportent les textes suivants : Fr. 1, § 21. Fr. 3, § 1.

car, dès le moment de l'autorisation donnée, nous sommes à même de disposer du fonds comme bon nous semble, puisque la seule personne qui en avait la disposition s'en dépouille en notre faveur [48]. L'application du même principe aux choses mobilières offre plus de variété. Il est d'abord certain que la possession d'un objet mobilier nous est transférée lorsque le possesseur actuel nous l'a remis entre nos mains; mais le même résultat peut être obtenu d'une manière beaucoup plus simple. Il suffit, en effet, que la chose ait été mise devant nous de façon que nous puissions la prendre, ou que nous ayons, avec le consentement du *tradens*, placé des gardiens près de la chose, ou simplement apposé notre marque [49]. Quand il s'agit d'objets renfermés, la possibilité physique d'en disposer nous sera acquise, si le possesseur actuel nous donne la clef de la cave, du magasin, du bâtiment où ils se trouvent enfermés [50]. Enfin la tradition peut s'opérer même en dehors de notre présence, si le possesseur actuel remet, d'après nos instructions, les objets dont il veut nous faire tradition à un tiers désigné ou dans un endroit qui est à notre dis-

Fr. 18, § 2, D., *h. t.* - § 43, I., *de rerum divisione*, 2, 1. - Fr. 77. 79, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 74, D., *de contrah. emtione*, 18, 1. - Fr. 1, § 2. Fr. 14. § 1, D., *de periculo et comm. rei vend.*, 18, 6. - Fr. 2. § 1, D., *emti*, 19. 1. - Fr. 9, § 3, D., *de jure dotium*, 23, 3. - Fr. 3, § 12, D., *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1. - Fr. 31, § 1, D., *de donat.*, 39, 5. - Fr. 9, § 6, D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 79, D., *de solutionibus*, 46, 3. - L. 2, C., *h. t.*, 7, 32.

[48] Fr. 77, D., *de rei vind.*, 6. 1. - Fr. 3, § 1, D., *h. t.* - Fr. 18, § 2, D., *eodem*. « Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit; aut si vicinum mihi fundum mercatum venditor ex mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem. - Fr. 52, § 2, D., *eodem*. - Cf. Fr. 2, § 1, D., *emti*, 19, 1. - L. 2, C., *h. t.*, 7, 32.

[49] Fr. 79, D., *de solutionibus*, 46, 3. « Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat; nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur, acquisita mihi, et quodam modo manu longa tradita existimanda est. » - Fr. 51, D., *h. t.* « Quarundam rerum animo possessionem adipisci nos, ait Labeo; veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universæ amphoræ vini simul essent... » — Fr. 14, § 1, D., *de periculo et commodo rei venditæ*, 18, 6. « Materia emta si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculum, respondit; si minus, venditoris : videri autem trabes traditas, quas emtor signasset. » - Le Fr. 1, § 2, D., *eodem*, donne une solution toute différente par rapport à des tonneaux de vin « Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri, Labeo contra. Quod et verum est; magis enim ne submutetur, signari solere, quam ut tradi tum videatur. » C'est que d'abord dans cette espèce le tonneau, se trouvant dans la cave du vendeur, n'est pas à la disposition de l'acheteur, et qu'ensuite les parties, en apposant la marque, n'avaient point l'intention de transférer, et respectivement d'acquérir la possession du tonneau, mais plutôt de le faire reconnaitre et d'empêcher qu'il ne soit confondu avec d'autres. *magis ne submutetur quam ut traditum videatur.* »

[50] (§ 45, I., *de rer. divisione*, 2, 1.) Fr. 9, § 6, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.-Fr. 74, D., *de contrahenda emtione*, 18, 1. « Clavibus traditis ut mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sunt; quo facto, confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea. Quodsi venditoris merces

position exclusive [51]. — L'appréhension doit naturellement se manifester d'une manière plus énergique, quand nous voulons soumettre à notre pouvoir une chose qui n'est actuellement soumise à personne. Dès lors, il ne suffit pas d'être en présence de la chose, immobilière ou mobilière, dont nous voulons prendre possession; il faut un acte extérieur et palpable qui démontre qu'elle est soumise à notre pouvoir [52]. C'est pourquoi Justinien décide avec raison que nous n'avons pas appréhendé l'animal blessé à la chasse : pour que nous en ayons réellement la possession, il faut que nous l'ayons pris mort ou vivant [53]. — Enfin, par les mêmes raisons, un acte extérieur et palpable est également nécessaire quand il s'agit d'une chose qui se trouve au pouvoir d'un autre et dont nous voulons nous emparer sans son consentement; encore faut-il que l'acte, tout en nous permettant de disposer de la chose, implique en même temps cessation du pouvoir dans la personne du possesseur actuel [54].

2° *Animus possidendi*. Il faut que nous ayons l'intention d'avoir la chose pour nous. Il en résulte que les personnes qui n'ont pas de volonté ne sont pas capables d'acquérir la possession par elles-mêmes, par exemple les personnes civiles, les fous, les furieux, les enfants [55]. Mais elles peuvent faire acte d'appréhension par leurs représentants, les syndics, les curateurs

non fuerint, usucapio confestim incohabitur. - Fr. 1, § 21, D., *h. t.*, 41, 2. « ... Et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint. »

[51] Fr. 3, § 11, D., *de donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1. - Fr. 31, § 1, D., *de donationibus*, 39, 5. - Fr. 1, § 21, D., *h. t.* « Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit, videri mihi traditam, Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare; non esse enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint. » - Fr. 18, § 2, D., *eodem*. « Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domu jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit... » Dans ce dernier cas, il ne s'agit point d'une acquisition par représentant, car la personne qui reçoit la chose pour moi n'a pas même besoin de savoir de quoi il s'agit; cette personne n'est qu'un instrument, et la chose se trouverait aussi bien dans mon pouvoir, si elle était jetée, par exemple, dans une boite appliquée à ma maison, comme nous avons aujourd'hui nos boites aux lettres; « *possidere me certum est, quamquam id nemo attigerit.* »

[52] Immeubles. § 22, I., *de rerum divisione*, 2, 1. - Fr. 7, § 3, D., *de acquir. rerum dominio*, 41, 1. Cf. Fr. 3, § 1, D., *h. t.* — Choses mobilières. *Voy.* ci-après, § 184, nos 2 sqq.

[53] § 13, I., *de rerum divisione*, 2, 1. - Fr. 5, § 1, D., *de acquirendo rer. dom.*, 41, 1. « Illud quæsitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse, et eousque nostram videri, donec eam persequamur; quodsi desierimus eam persequi, desinere nostram esse, et rursus fieri occupantis : itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, *quia multa accidere possunt ut eam non capiamus*; quod verius est.

[54] *Voy.* ci-après, notes 60 sqq. ; et §§ 172, notes 82 sqq. ; 173, notes 100 sqq.

[55] Fr. 7, § 3, D., *ad exhibendum*, 10, 4. - Fr. 1, § 22, D., *h. t.* - Fr. 16, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 1, § 15, D., *si is, qui testamento liber*, 47, 4. - Fr. 1, § 3. Fr. 18, § 1, D., *h. t.*, 41, 2. — Les

et les tuteurs [56]. — Remarquons ici que dans les cas exceptionnels, où la loi attribue la possession à un détenteur qui n'a point l'*animus rem sibi habendi*, l'intention de celui qui veut acquérir la possession se borne uniquement à la volonté d'user des interdits possessoires [57].

Dés que les deux conditions que nous venons d'analyser existent ensemble, la possession nous sera acquise [58]. Mais il n'est pas nécessaire qu'elles coïncident dans le même moment. Ainsi, quand nous avons déjà la détention d'une chose et que plus tard à ce pouvoir physique vient se joindre l'intention d'avoir la chose pour nous, la possession nous sera évidemment acquise dès que ce concours des deux conditions existera; c'est ce qu'on appelle acquérir *solo animo* [59]. — Toutefois cette conséquence, incontestable en thése générale, subit une modification quand il s'agit de choses que nous détenons pour autrui. Dans ce cas, nous ne commençons point à posséder pour nous-même par le seul changement de notre volonté. Ce changement, en effet, étant purement intérieur et ne se manifestant point au debors, ne saurait détruire le fait extérieur de la possession exercée par notre principal. Pour amener ce résultat il faut un acte également extérieur et palpable, soit le consentement du principal, ce qui constitue une véritable tradition [60]; soit au moins un acte de notre part qui constate que nous n'entendons plus posséder pour autrui, mais bien posséder pour nous-même. L'acte, pour avoir pareille portée, doit naturellement impliquer la dépossession de celui pour lequel nous possédions jusque-là [61]. Nous aurons à

puberes infantia mojores peuvent acquérir la possession, quand ils ont l'esprit assez développé. Fr. 1, § 3, D., *eodem*. Il parait même que l'enfant pouvait acquérir la possession lui-même, pourvu qu'il fût assisté de son tuteur, du moins en ce qui concerne les choses mobilières. Fr. 1, § 21. Fr. 32, § 2, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - L. 2, C., *eodem*, 7, 32. Cf. L. 26, C., *de donat.*, 8, 54. — *Voy.* en général M. DE SAVIGNY, *Traité de la possession*, § 21.

[56] § 5, 1., *per quas personas nobis acquiritur*, 2, 9. « ... Per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum *scientibus*, sed etiam *ignorantibus* vobis acquiri possessionem. » - Fr. 1, § 20, 22. Fr. 2, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 7, § 3, D., *ad exhib.*, 10, 4. - Fr. 11, § 6, D., *de pignor. act.*, 13, 7. — *Voy.* le paragraphe suivant, note 68.

[57] *Voy.* ci-dessus, § 167, notes 22 et suivantes.

[58] Pourvu, bien entendu, qu'il y ait, non pas une simple coïncidence, mais un rapport de causalité entre l'*animus possidendi* et le fait qui nous donne le pouvoir. Si une chose se trouvait à notre disposition par hasard et à notre insu, nous n'en aurions pas la possession, alors même que dans le même moment nous aurions accidentellement le désir de la posséder. Fr. 55, *verb.* Summam tamen. D., *de acquir. rer. dom.*, 41, 1. *Voy.* ci-dessus, § 164, note 14. Cf. aussi, Fr. 20 D., *h. t.*, et ci-après, § 171, n° 3.

[59] Fr. 3, § 3, D., *h. t.* « ... *Solo animo* non posse nos acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. »

[60] On a l'habitude de se servir dans ce cas du terme *traditio brevi manu*, forgé d'après le Fr. 43, § 1, D., *de jure dotium*, 23. 3, combiné avec le Fr. 79, D., *de solut.*, transcrit ci-dessus, note 49. — *Voy.* les développements que nous donnerons sur la *traditio brevi manu*, ci-après, § 192, B.

[61] Pareil acte est qualifié de *contrectatio*, quand il s'agit de choses mobilières, et de *dejectio*, quand il s'agit d'immeubles. *Voy.* ci après, § 172, note 3.

développer ces considérations ci-après, quand nous traiterons de la perte de la possession ; ici nous nous bornerons à signaler l'importance qu'elles ont pour la question de savoir à qui les interdits compètent ; elles en avaient également dans l'ancien droit pour l'usucapion [62]. C'est particulièrement à ce dernier point que se rapporte le proverbe de droit : *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, c'est-à-dire : Si quelqu'un a commencé à détenir ou à posséder une chose en telle qualité déterminée, il ne peut point, de sa seule volonté, changer cette qualité et posséder à un autre titre.

Observation. Nous avons dit que l'appréhension exige toujours un acte matériel qui nous mette dans la possibilité physique de disposer de la chose à l'exclusion de tout autre, sans que cependant cet acte doive nécessairement impliquer un contact corporel. Cette dernière circonstance a engagé les commentateurs à parler d'appréhensions et de traditions symboliques et feintes. Il n'est pas nécessaire de faire observer combien il est invraisemblable que les Romains aient introduit des modes symboliques et des fictions dans une matière qui est entièrement de fait. Ce que nous avons dit dans le paragraphe suffit pour montrer que dans les cas que l'on cite ordinairement comme exemples de traditions symboliques, il y a réellement appréhension matérielle, c'est-à-dire acquisition du pouvoir physique. Nous aurons ci-après, § 192, l'occasion de prouver la même chose à l'égard des deux modes de tradition qu'on mentionne sous les noms de *traditio brevi manu* et *constitutum possessorium*, comme des exemples de traditions feintes. Mais nous devons faire observer dès à présent que ces notions ne sont pas seulement étrangères au droit romain [63], mais encore

[62] Particulièrement pour l'ancienne *usucapio pro herede*. Gaius, II, 52-58. - Fr. 33, § 1, D., *de usurpat.*, 41, 3. - Fr. 2, § 1, D., *pro herede*, 41, 5. - *Voy.* ci-après, § 196, et t. III, § 452.

[63] A l'égard de la plupart des passages qui ont servi de prétexte à ces créations des commentateurs, il suffit d'un moment de réflexion pour se convaincre de l'absence de tout symbole et de toute fiction. En ce qui concerne la remise des clefs (ci-dessus, note 50), on n'a qu'à supposer que la clef remise ne s'adapte pas à la serrure du magasin pour mettre à nu l'inanité des inventions de l'école. Cette circonstance n'ôterait évidemment rien au symbole, et pourtant personne n'oserait soutenir que la remise d'une pareille clef transmettrait à celui qui la reçoit la possession des marchandises renfermées dans le magasin. La L. 1, C., *de donat.*, 8, 54, est plus embarrassante, puisqu'elle semble dire que la remise des titres d'acquisition implique tradition des esclaves auxquels ces titres se rapportent. Cependant toute difficulté disparaît, si l'on admet, avec M. de Savigny, § 16, que la remise des titres s'est faite en présence des esclaves et n'est mentionnée dans la loi que comme un indice de l'intention sérieuse du donateur d'exécuter immédiatement la donation consentie. Cette interprétation est d'autant plus plausible que la loi citée est un rescrit, et que dans ce genre de constitutions, les empereurs se bornent souvent à mentionner les faits spéciaux qui ont déterminé leur décision, sans répéter les autres faits exposés dans la requête ; ce qui pouvait se faire sans inconvénient, parce qu'ordinairement les rescrits se trouvaient au bas de la requête. *Voy.* ci-dessus, § 64, note 63.

rationnellement impossibles. Car dès que l'on admet des appréhensions réelles et des appréhensions symboliques ou feintes, rien ne s'oppose à ce que la possession de la même chose soit acquise par deux personnes différentes : par l'un au moyen d'un acte réel, par l'autre au moyen d'un acte symbolique ou feint, ce qui conduit directement à la conclusion impossible que *plures eandem rem in solidum possidere possent*. L'histoire du moyen âge et des siècles derniers nous a montré par plus d'un exemple à quelles conséquences absurdes cette erreur théorique peut conduire.

§ 171. *Acquisition de la possession par des représentants.*

Comme la possession suppose le concours de notre volonté et que nous ne pouvons vouloir par autrui, il parait impossible que nous puissions acquérir la possession autrement que par nous même. Le droit romain, cependant, ayant posé en principe que la capacité juridique des personnes sous puissance est absorbée par la personnalité du *paterfamilias*, a dû également admettre que ce dernier pouvait vouloir, et par conséquent acquérir la possession par elles. L'expérience ayant prouvé l'utilité de la mesure, on en étendit le principe à des cas où quelqu'un soumet, librement et sans nécessité juridique, sa volonté à la nôtre, et l'on finit par admettre d'une manière générale la possibilité de la prise de possession par représentants, *per liberas personas* [64]. — Pour que l'acquisition se fasse ainsi, soit par une personne soumise à notre puissance, soit par un simple mandataire, il faut :

1° Que le tiers soit capable d'acquérir la possession et qu'il fasse l'acte d'appréhension dans l'intention de le faire pour nous [65]. S'il le faisait dans une autre intention, nous n'aurions point acquis la possession. Cependant, quand l'appréhension se fait au moyen de la tradition, c'est-à-dire avec le consentement et par la volonté du possesseur actuel, la seule intention de notre représentant de recevoir pour lui-même ne nous empêchera pas d'acquérir la possession par lui. La raison de cette règle, fondée dans la nature des choses, est la même que nous avons indiquée au paragraphe précédent, en parlant de la coexistence du *corpus* et de l'*animus*. En effet, comme le simple changement d'intention de celui qui possède au nom d'un autre ne suffit pas pour faire perdre à ce dernier sa possession [66], de même l'intention de notre représentant d'avoir pour lui-même l'objet qu'il reçoit en notre

[64] *Voy.* ci-après, n° 3, et t. III, §§ 406. 411. 415

[65] Fr. 1, § 9. 10. 19. 20, D., *h. t.*—Si le tiers a déjà le pouvoir physique sur la chose, il est évident qu'il n'a plus besoin de faire un acte d'appréhension. C'est là le cas du " *constitutum possessorium.* " Fr. 18, pr. D., *h. t.* - Fr. 77, D., *de rei vind.*, 6, 1, et ci-après, § 192, n° 2.

[66] *Voy.* ci-dessus, § 170, notes 60 sqq. et ci-après, § 173, notes 3 sqq.

nom, tant qu'elle ne se manifeste point d'une manière extérieure et palpable ne saurait dénaturer la remise qui se fait par le *tradens* uniquement dans l'intention de nous transférer la possession et qui est ainsi acceptée par notre mandataire. La possession nous sera donc acquise conformément à la volonté manifeste des parties agissantes [67], et elle nous demeurera acquise tant que le représentant n'aura pas manifesté son intention contraire par un acte extérieur qui constate notre dépossession.

2° Que notre volonté y concoure également. En effet, la possession exigeant nécessairement l'intention d'avoir pour nous, il est évident qu'elle ne peut être acquise avant que cette intention existe. *Ignoranti possessio non acquiritur* [68]. Cependant il n'est pas nécessaire que notre volonté coïncide avec l'acte matériel d'appréhension de notre représentant. Ainsi lorsque nous avons donné l'ordre de prendre possession d'une chose, et que notre représentant a exécuté cet ordre sans que nous en ayons eu connaissance, la possession nous est acquise au moment de l'appréhension [69]. Nous pouvons même ratifier une prise de possession faite en notre nom sans que nous en ayons donné l'ordre; mais dans ce cas rien ne sera acquis avant notre ratification [70].

3° Enfin il faut qu'il y ait, comme dans l'acquisition faite par nous-même [71], un rapport de causalité entre l'acte d'appréhension et notre *animus possidendi*. Ce rapport existe par suite d'une nécessité juridique toutes les fois que l'acte d'appréhension se fait par une personne soumise à notre

[67] Fr. 13, D., *de donationibus*, 39, 5. - Fr. 37, § 6, *de acq. rer. dominio*, 41, 1. *Voy.* pour l'interprétation de ces textes, ci-après § 192, n° 1.

[68] Paul, V, 2, 1, « ... Possessionem acquirimus ... animo utique nostro; corpore vel nostro, vel alieno. » — Fr. 3, § 12. Fr. 42, § 1. Fr. 51, D., *h. t.*, 41, 2 - Fr. 41, D., *de usurpat.*, 41, 3. — Toutefois la règle *ignoranti possessio non acquiritur* est soumise à quelques exceptions. D'abord les personnes civiles et les enfants ou déments acquièrent, à leur insu, la possession par leurs agents, tuteurs et curateurs. Cette exception est une nécessité inévitable, puisque ces personnes ne sont pas susceptibles d'avoir ni intelligence ni volonté. Fr. 7, § 3, D., *ad exhib.*, 10, 4. - Fr. 14, § 6, D., *de pignor. act.*, 13, 7. - Fr. 13, § 1, D., *de acquir. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 1, § 20, 22, D., *h. t.* Ensuite, d'après la disposition formelle de nos lois, le père de famille se trouve avoir, même à son insu, la possession des choses que son esclave ou son fils de famille acquièrent dans l'administration du pécule qu'il leur a confié, *ex peculiari causa* Fr. 1, § 5. Fr. 3, § 12. Fr. 4. 24. Fr 44, § 1, D., *h. t.* - Fr. 2, § 6, D., *pro emtore*, 41, 4 et ci-après, t. III, §§ 412, 415. Mais c'est à tort que quelques auteurs ajoutent à ces exceptions la prise de possession faite par un mandataire général. *Voy.* ci-après, t. II, § 303.

[69] C'est là le sens du § 5, I., *per quos personas nobis acquir.*, 2, 9. « ... Per liberam personam,... non solum scientibus, sed etiam *ignorantibus vobis acquiri possessionem.* » *Voy.* aussi Fr. 13, pr. D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 1, § 5. Fr. 42, § 1, D., *h. t.* - L. 1, C., *eodem*, 7, 32, ci-après, note 74. — Il est cependant à remarquer que l'usucapion ne commence à courir qu'à partir du moment où nous avons eu connaissance de l'appréhension faite par notre représentant. Fr. 49, D., *h. t.* - Fr. 47, D., *de usurpat.*, 41, 3. - Fr. 2, § 11, D., *pro emtore*, 41, 4. - L. 1, C., *h. t.*, 7, 32 et ci-après, § 199, B C.

[70] Fr. 24, D., *de negotiis gestis*, 3, 5. - Fr. 42, § 1, D., *h. t.*

[71] *Voy.* ci-dessus, § 170, note 58.

puissance, spécialement par les esclaves et par les fils de famille [72]. Mais il peut aussi être créé au moyen d'une convention librement consentie par les parties [73], ce que les Romains expriment en disant que l'acquisition se fait *per liberam ou extraneam personam* [74].

COMMENT LA POSSESSION SE PERD.

§ 172. *Règles générales.*

Tant que les deux conditions essentielles de la possession, le pouvoir physique et l'intention de posséder, se trouvent réunies, nous conservons la possession acquise [75]. Il n'est pas même nécessaire à cet effet que nous exercions continuellement notre pouvoir, ou que notre pensée s'occupe constamment de l'objet possédé : il suffit qu'il n'y ait pas d'impossibilité physique d'agir sur la chose, et que nous n'ayons jamais eu l'intention de renoncer à notre possession. Mais il est évident que nous perdrons la possession dès qu'un fait contraire à ces deux conditions arrivera, c'est-à-dire dès que par un événement quelconque l'une ou l'autre de ces conditions viendra à disparaître [76]. Nous pouvons donc perdre la possession *corpore*, c'est-à-dire en

[72] Gaius, II, 87. 89. 94. - Pr. § 3. 4. I., *per quas pers. nobis acquir.*, 2, 9. - Fr. 10, § 2. Fr. 21 pr. D., *de acquir. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 1, § 5. 6. 8. Fr. 49 pr. D., *h. t.* — La question de savoir si l'on pouvait acquérir la possession par les personnes qu'on avait *in manu* ou *in mancipio* avait été controversée, *quia ipsas non possidemus.* Gaius, II, 90. — *Voy.* au reste sur toute cette matière ci-après, t. III, §§ 406. 411. 415.

[73] Pour être bref, nous nous servons ici de cette rédaction afin d'exprimer une idée que nous avons rendue plus exactement ci-dessus, note 64, en disant que nous pouvons acquérir la possession par quiconque soumet librement et sans nécessité juridique sa volonté à la nôtre, ce qui peut fort bien se faire sans qu'il y ait convention. Exemples : le *negotiorum gestor*, ci-dessus, note 70, et ci-après, t. II, § 356; les agents des personnes civiles, les tuteurs et curateurs, à l'égard desquels le rapport de causalité existe par le seul fait de leurs fonctions. Fr. 1, § 20. 22. Fr. 2, D., *h. t.* Fr. 13, § 1, D., *de acquir. rer. dom.*, 41, 1.

[74] L'acquisition de la possession *per liberas personas* était déjà admise du temps de la république. LEX THORIA AGRARIA, c. 33. « ... TANTONDEM MODUM AGRI ES QOOI EMPTUM ESSE COMPER... US PROCURATORIVE EIOS HEREDIVE... II VIR. REDOITO. » — JAVOLENUS, Fr. 51, D., *h. t.* « ... Labeo ... » - NERATIUS, Fr. 41, D., *de usurpat.*, 41, 3. — Mais la question de savoir, si *liberæ personæ* nous font acquérir la possession *ignorantibus nobis* (ces mots pris dans le sens expliqué à la note 69), paraît avoir été controversée. Elle fut résolue affirmativement par une constitution de Septime Sévère et Caracalla. L. 1, C., *h. t.*, 7, 32. SEVERUS ET ANTONINUS AA. ET CC. Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est. (226). » § 5, I., *per quas pers. nobis acq.*, 2, 9. — *Voy.* encore Gaius, II, 95. - Paul, V, 2, 2. - Fr. 13, pr. D., *de acquir. rer. dom.*, 41, 1.

[75] En d'autres termes, tant que nous n'avons pas perdu la possession, nous continuons de l'avoir. « Tamdiu enim retinetur, quamdiu non amittitur. » Azon, *in Summa Cod. Tit. de acq. et retinenda poss.*, 7, 32.

[76] Cette règle, fondée sur la nature des choses, est sanctionnée de la manière la plus posi-

perdant le pouvoir physique sur la chose, ou *animo*, c'est-à-dire en ne voulant plus être possesseur : enfin, nous la perdons *corpore* et *animo*, quand c'est de notre consentement que nous perdons le pouvoir physique.

1° *Corpore*, par cessation du pouvoir physique [77]. Il est évident que nous avons perdu la possession d'une chose quand par force majeure elle est soustraite à notre pouvoir. D'abord il va sans dire que notre mort met fin à notre possession. Ensuite notre possession cessera également quand l'objet que nous possédons viendra à périr soit par la mort, s'il s'agit de choses animées, soit par la destruction, s'il s'agit d'autres choses, tant mobilières qu'immobilières [78]. Il en est de même lorsque, par un autre événement quelconque, nous nous trouvons dans l'impossibilité physique de disposer de la chose [79]. Ainsi nous perdons la possession des animaux sauvages, lorsqu'ils recouvrent leur liberté naturelle, et celle des animaux apprivoisés, lorsqu'ils sortent entièrement de notre garde, ce qui au reste n'est point censé arrivé tant qu'ils conservent l'habitude de revenir [80]. Enfin notre possession cesse également quand la chose subit un change-

tivo dans les Fr. 3, § 6, 13. Fr. 17, § 1. Fr. 29. Fr. 44, § 2, D., *h. t.*, 41, 2. — Des auteurs ont cependant soutenu que la cessation de l'une des deux conditions essentielles ne suffit pas pour nous faire perdre la possession, et que la cessation du pouvoir physique ne met fin à notre possession que pour le cas où la volonté de ne plus avoir la chose s'y joigne. Cette opinion tout à fait inadmissible doit son origine à la rédaction peu précise d'un fragment de PAUL, Fr. 153, D., *de reg. juris*, 50, 17. « ... Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest : ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est ; » passage qui est reproduit dans le Fr. 8, D., *de acq. vel amitt. poss.*, 41, 2. La difficulté provient du mot UTERQUE, qui ordinairement signifie *tous les deux*, c'est-à-dire *l'un et l'autre*. Mais dans ce passage il est évident qu'il faut le traduire par *tous les deux*, c'est-à-dire *l'un ou l'autre*. De pareilles inexactitudes de rédaction se rencontrent dans toutes les langues. Nous avons cherché à l'imiter dans notre texte. Dans les auteurs latins, nous en trouvons de nombreux exemples : VARRON, *de re rustica*, I., 2, 14. - CIC., *de off.*, III, 15. - Fr. 10, § 3, D., *de gradibus*, 38, 10. - Fr. 16, D., *de leg. II* (31). - L. 3, C., *communi dividundo*, 3, 37. - L. 8, § 5, C., *de bonis, quæ liberis*, 6, 61. — L'inverse se trouve Fr. 1, § 3, D., *uti possidetis*, 43, 17, où *alteruter* est employé pour *uterque*. *Voy.* au reste M. DE SAVIGNY, *Traité*, § 30.

[77] C'est-à-dire par un acte qui fait cesser notre pouvoir physique, *in contrarium actum*. L'absence actuelle de notre influence sur la chose ne suffit pas pour nous faire perdre la possession. § 3, I., *de interdictis*, 4, 15. - Fr. 3, § 11. Fr. 25, § 2. Fr. 27, D., *h. t.* - Fr. 1, § 24, 25. D., *de vi*, 43, 16. *Voy.* aussi ci-dessus, note 75, et ci-après, note 80.

[78] Fr. 3, § 17. Fr. 13, pr. Fr. 30, § 3, D., *h. t.*

[79] Par exemple l'endroit où la chose se trouve devient inaccessible. Fr. 13, pr. D., *eodem* ; ou bien nous ignorons où la chose se trouve. Fr. 3, § 13. Fr. 25, pr. D., *eodem*. — Ceci doit cependant s'entendre d'une manière raisonnable : ainsi nous ne serions pas privé de la possession par cela seul que par hasard notre mémoire se trouverait en défaut. Fr. 3, § 13. Fr. 44, pr. D., *eodem*.

[80] Fr. 3, § 14-16, D., *h. t.*, 41, 2. - Fr. 3, § 2. Fr. 5, pr. § 5, D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. § 12. 14. 15. I., *de rerum divisione*, 2, 1. — Les animaux domestiques tombent sous la règle générale. Fr. 3, § 13, D., *h. t.* — Quant à l'esclave, on n'admettait pas qu'il pût, même par la fuite, se soustraire à la possession du maître ; mais le maître en perdait la possession dès qu'un autre s'en emparait *animo possidendi*, ou quand l'esclave soutenait judiciairement qu'il était homme libre. Fr. 1, § 14. Fr. 13, pr. Fr. 15. 50, § 1, D., *h. t.* - Fr. 15, § 1, D., *de usurpat.*, 41. 3. *Voy.* ci-après, t. III, § 415.

ment qui la rend légalement non susceptible d'être possédée, par exemple quand un événement quelconque la met hors du commerce [81].—Abstraction faite de ces causes, nous pouvons perdre le pouvoir sur une chose, par le fait d'un autre homme. En effet, dès que quelqu'un nous met dans l'impossibilité physique de disposer de la chose, nous en aurons perdu la possession. Il importe peu qu'il le fasse dans l'intention d'avoir la chose pour lui-même ou dans toute autre intention [82]. Mais ce qui est essentiel c'est que l'acte qu'il pose implique dépossession pour nous. Par cela seul qu'un tiers tient notre chose, il n'est pas encore certain que nous n'ayons plus le pouvoir physique sur elle; cette conséquence n'aura lieu que pour autant qu'il l'occupe avec l'intention de nous empêcher d'en disposer, et que cette intention soit constatée et réalisée par un acte extérieur [83]. Lors, par exemple, que l'occupant nous laisse, à notre première demande, librement disposer de la chose, on ne saurait dire que nous avions, à un moment quelconque, perdu la possession, puisque aucun acte contraire à notre pouvoir physique n'a jamais été posé. Que si, par contre, l'occupant s'oppose à ce que nous disposions de la chose, il est évident que nous n'avons plus le pouvoir physique sur elle. Dans cette dernière hypothèse, on pourrait se demander si c'est dès l'instant où l'occupation du tiers a commencé, ou bien à partir du moment où nous avons été empêché de disposer de la chose, que commence notre dépossession. Cette question paraît avoir donné lieu à quelques doutes parmi nos jurisconsultes [84]. La dernière opinion cependant l'a emporté, et avec raison, car nous ne pouvons être considéré comme dépossédé qu'après qu'un acte extérieur a constaté la cessation de notre pouvoir physique. Ces règles découlant de la force des choses sont évidemment applicables à toute espèce de choses [85];

[81] Fr. 3, § 17. Fr. 30, § 1. 3. 4. D., *h. t.*

[82] Par exemple, en jetant à l'eau la chose que nous possédons, en la détruisant (auxquels cas à la vérité la possession est également perdue par suite de l'impossibilité physique) ou dans toute autre intention impliquant dépossession pour nous. Fr. 4, § 22, D., *de usurpat.*, 41, 3. Cf. Fr. 24, D., *h. t.*

[83] Le tiers peut tenir la chose sans aucune intention; il peut même nous empêcher de disposer de la chose sans avoir l'intention de nous priver de la possession, par plaisanterie, par erreur, en nous prenant pour un autre, parce qu'il veut user du *jus retentionis* pour des dépenses qu'il a faites sur la chose, etc. Fr. 20, D., *h. t.* « ... Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur. Quid enim, si alia quæpiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret? »

[84] Pomponius, Fr. 25, § 2, D., *h. t.* « Quod autem solo animo possidemus, quæritur, utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem. Et videtur utilius esse. » Cf. Fr. 18, § 3, D., *eodem.*

[85] Le droit romain n'ayant guère développé ces principes que par rapport aux immeubles,

mais c'est surtout par rapport aux choses immobilières que les Romains les ont développées [86]. Il est d'abord évident que nous n'avons plus la possession quand nous avons été violemment expulsé d'un immeuble ou empêché d'y entrer, *dejectus* [87]. Il en est de même quand nous sommes, contre notre volonté et par violence, retenu dans notre fonds, ou quand nous l'abandonnons dans la crainte d'une violence future [88]. Mais d'après les décisions positives du droit romain, nous ne perdons pas la possession d'un fonds par cela seul que, pendant notre absence, un autre s'en empare, quoique à la vérité il paraisse y avoir dans ce cas cessation du pouvoir physique [89]. Pour que la possession soit réellement perdue, il faut en outre que, ayant eu connaissance de l'occupation faite par le tiers, nous y ayons acquiescé, ou que nous ayons été repoussé en voulant reprendre notre possession [90]. Jusqu'à ce moment nous restons possesseur, quoique de fait un autre ait le pouvoir physique de la chose, ou, comme les Romains disent, nous retenons la possession *solo animo* [91]. De ces prémisses, combinées avec la circonstance que les immeubles ne peuvent être soustraits à notre

on les représente ordinairement comme des dispositions positives applicables seulement à cette catégorie de choses. Le contraire nous parait résulter d'abord de ce que ces règles découlent de la nature des choses même, ensuite de ce qu'elles sont appliquées aux meubles et aux immeubles indistinctement, dans le cas où celui qui possède en notre nom veut acquérir la possession pour lui-même. Cette hypothèse rentre évidemment dans la catégorie de faits dont nous traitons ici. *Voy.* ci-après, § 173, notes 100 et suivantes.

[86] Dans la pratique, en effet, notre question présente bien moins d'intérêt et de difficulté par rapport aux meubles, d'abord parce que la portée de l'acte par lequel le tiers s'empare de la chose sera presque toujours clairement indiquée par les circonstances, ensuite parce qu'il importe rarement de déterminer le moment précis de notre dépossession, enfin par les mêmes raisons qui ont empêché les Romains d'appliquer l'*interdictum de vi* aux choses mobilières. Ci-après § 173, note 37. *Voy.* aussi § 174, note 9.

[87] Fr. 1, § 9, 24. Fr. 3, § 8. Fr. 12, 17, 18, pr. D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 4, § 22, D., *de usurpationibus*, 41, 3.

[88] Paul, V, 6, 6. « Vi dejectus videtur et qui in prædio vi retinetur, et qui in via territus est, ne ad fundum suum accederet. » - Fr. 1, § 47, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 33, § 2, D., *de usurp.*, 41, 3.—Dans les Fr. 9, pr. D., *quod metus causa*, 4, 2, et Fr. 1, § 29, Fr. 3, § 6, 7, D., *de vi*, 43, 16, il s'agit des *peines* de la violence *à force armée* et non pas de la perte de la possession.

[89] « Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. » Fr. 3, § 7, D., *h. t.*, 41, 2. - Fr. 3, § 8. Fr. 6, § 1. Fr. 7. Fr. 18, § 3, 4. Fr. 25, § 2. Fr. 46, D., *eodem.*

[90] Ajoutez aux passages cités dans la note précédente le Fr. 1, § 24, D., *de vi*, 43, 16. - Si nous réussissons dans notre tentative de reprendre la possession, nous sommes censé ne l'avoir jamais perdue. Fr. 17, D., *de vi*, 43, 16; Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunc.*, 39, 1. *Voy.* aussi ci-dessus § 127, note 7.

[91] *Solo animo retinere possessionem*, Gaius, IV, 153. - § 5, I., *de interdictis*, 4, 15. - Fr. 3, § 7. Fr. 25, § 2, D., *h. t.* 41, 2. - Fr. 44, 45, 46, D., *eodem.* « ... Saltus hibernos et æstivos quorum possessio retinetur animo, 45. Licet neque servum neque colonum ibi habeamus, 46. Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatum ignorarit.... » *Voy.* aussi ci-après § 174, note 9.

vue, il résulte qu'un tiers ne peut jamais d'une manière clandestine se mettre en possession d'un immeuble que nous possédons : pour qu'il en acquière la possession, il faut qu'il use de violence [92].

2° *Animo*. Notre possession cesse dès que nous ne voulons plus posséder. C'est donc un acte intentionnel contraire à l'*animus possidendi*, qui nous fait perdre la possession [93]. Il s'ensuit, entre autres, que les personnes qui n'ont point de volonté ne peuvent perdre la possession par l'intention [94]. — L'intention de ne plus posséder peut au reste se manifester soit d'un manière expresse, soit tacitement, mais elle ne se présume point [95].

3° *Corpore et animo*, par le fait et l'intention à la fois. Les exemples les plus importants en sont la * *derelictio*, abandon d'une chose, et la *traditio*, acte par lequel nous transmettons notre possession à un autre [96].

§ 173. *Comment se perd la possession d'une chose détenue par notre représentant.*

Pour décider la question de savoir quand nous avons perdu la possession d'une chose qu'un autre détient en notre nom, il faut appliquer les règles générales que nous venons de donner aux relations particulières qui naissent du fait de la représentation. Il est d'abord évident que nous avons perdu la possession, dès que nous ne voulons plus posséder, quand même, dans ce cas, notre représentant continuerait de détenir la chose dans l'intention de la garder pour nous. Il en est de même toutes les fois qu'un tiers s'empare de la chose avec l'intention de nous déposséder [97]. Cependant si le tiers nous expulse nous-même d'un fonds, tandis que notre représentant se maintient contre l'agression, nous conservons la posses-

[92] Par rapport aux immeubles, on peut donc dire que celui-là ne possède point, *qui clam possidet*. Au moyen de cette interprétation, on fait disparaître l'anomalie apparente du Fr. 6, § 1, D., *h. t.* « Qui ad nundinas profectus neminem reliquit, si, dum ille a nundis rediret, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam. »

[93] « ... Si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, *protinus* amittes possessionem. Igitur amitti et *animo solo* potest, quamvis acquiri non potest. » Fr. 3, § 6., D., *h. t.* - Fr. 17, § 1. Fr. 30, § 4. Fr. 34, pr. D., *eodem*.

[94] « Non (possunt) desinere *animo* possidere. » Fr. 27, 29, D., *eodem*.

[95] Gaius, II, 51. - § 7, I., *de usucap.*, 2, 6. - Fr. 12, § 1, D., *h. t.* - Fr. 37, § 1. D., *de usurpat.*, 41, 3. - L. 4, C., *h. t.*, 7, 32. — Nous verrons plus tard une application intéressante de ces règles dans le *constitutum possessorium*. Fr. 77, D., *de rei vind.*, 6, 1 ; Fr. 18, pr. D., *h. t.*, et ci-après, § 192, n° II.

[96] *Voy.* ci-après, §§ 192 et 209, note 11.

[97] Fr. 1. § 22, D., *de vi*, 43, 16 et ci-dessus, § 172, notes 82 et suivantes.

sion par notre représentant [98]. L'expulsion violente de notre représentant aura pour effet de nous faire perdre la possession, même à notre insu [99].

Mais nous pouvons aussi être privé de la possession par le fait de notre représentant même. Pour qu'il en soit ainsi, il faut naturellement que le fait implique dépossession pour nous. Ainsi nous ne perdons pas la possession par la mort ou la démence de notre représentant, ni par l'abandon qu'il fait de la chose, si un autre ne s'en empare pas; car dans l'un et l'autre cas notre intention continue de subsister, et l'impossibilité physique d'exercer notre pouvoir n'est pas encore constatée [100]. C'est par le même motif que le simple changement de volonté du représentant ne suffit pas pour nous faire perdre la possession, quand même il voudrait nous en priver, et posséder pour lui-même. *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* [1]. Nous ne serons réellement dépossédé que lorsqu'il aura manifesté ce changement d'intention par un acte extérieur, qui indique clairement qu'il veut nous empêcher de disposer de la chose et qui produit réellement ce résultat [2]. Pour désigner les actes de ce genre, les Romains se servent des mots *contrectatio* à l'égard des choses mobilières, et *dejectio*, quand il s'agit d'immeubles [3]. — Le même résultat sera obtenu lorsque notre représentant fait tradition de la chose à un tiers, qui l'accepte avec l'intention de l'avoir pour lui. Pareille tradition, en effet,

[98] Fr. 9, D., *h. t.*, 41, 2. - Fr. 1, § 45, D., *de vi*, 43, 16.

[99] Fr. 44, § 2, D., *h. t.* - Fr. 1, § 22, D., *de vi*, 43, 16.

[100] Cela est incontestable pour le cas de mort ou de démence du représentant. Fr. 60, § 1, D., *locati*, 19, 2. - Fr. 3, § 8. Fr. 25, § 1, D., *h. t.* - Fr. 31, § 3, D., *de usurpat.*, 41, 3. — Quant à l'abandon fait par notre représentant, la même décision résulte pour le droit nouveau, de la L., 12, C., *h. t.*, 7, 32. — Dans l'ancien droit, comme cette constitution le donne, au reste, à entendre, la question parait avoir été controversée. Les Fr. 31, D., *de dolo*, 4, 3; Fr. 3, § 8. Fr. 44, § 2. D., *h. t.* Fr. pr. D., *pro emtore*, 41, 4, sont conformes à la solution donnée par Justinien. Mais quelques jurisconsultes paraissent avoir incliné vers l'opinion contraire. (Fr. 31, D., *h. t.*, Cf., Fr. 47, D., *eodem*, ci-après, note 2.) AFRICAIN dans le Fr. 40, § 1, D., *eodem*, s'exprime formellement dans ce sens, à moins qu'on ne lise, avec quelques manuscrits, EOAM EXISTIMANDUM, au lieu de ALIOD EXISTIMANDUM, changement que l'ensemble du texte rend à la vérité très-plausible. M. DE SAVIGNY, § 33.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 170, note 62.

[2] Fr. 3, § 18, D., *h. t.* - Fr. 1, § 2. Fr. 67, pr. D., *de furtis*, 47, 2. — Fr. 25, § 2, D., *h. t.* (ci-dessus, note 84). Fr. 46, D., *eodem* (ci-dessus, note 91). - Fr. 12, 18, pr. D., *de vi*, 43, 16. — Dans un passage de Papinien, Fr. 47, D., *h. t.*, nous lisons que la possession d'une chose mobilière se perd par le seul changement de volonté de notre représentant, sans qu'il soit besoin d'un acte extérieur, *si sibi possidere constituerit, confestim amisisse me possessionem;* mais il résulte de l'ensemble du fragment, que cette manière de voir est tout simplement une opinion émise par quelques jurisconsultes, probablement par les Proculéiens. Cf. L., 12, C., *h. t.*, 7, 32. Les autres textes que nous avons cités prouvent qu'elle n'a point été adoptée. *Voy.* aussi ci-dessus, § 170, notes 60. 61.

[3] Nous avons dit ci-dessus, § 170, note 86, ce qu'il faut entendre par *dejectio*. Le terme *contrectatio* trouvera son explication ci-après, t. II. § 331.

constate d'une manière palpable la cessation de notre pouvoir physique [4].

Observation. En parlant des hypothèses indiquées dans la dernière partie du paragraphe, on dit souvent (et la loi citée de Justinien parait autoriser ce langage) que nous ne pouvons perdre la possession par l'infidélité de notre représentant. Cette phrase est tout au moins équivoque, car il est certain que nous avons perdu la possession dès que l'infidélité du représentant se manifeste par une *contrectatio* ou une *dejectio*. Mais, abstraction faite de ce défaut de rédaction, la règle manque encore d'exactitude. L'infidélité n'a rien à faire dans notre matière : la loyauté comme la déloyauté de notre représentant est entièrement indifférente. Il a beau vouloir être infidèle, tant que cette infidélité ne se manifeste pas par des actes positifs, nous conservons la possession. Par contre, nous l'aurons perdue lorsqu'il refusera de nous restituer la chose, ou qu'il l'aura donnée à un autre, eût-il agi de la meilleure foi du monde [5].

DES ACTIONS POSSESSOIRES.

§ 174. *Notion et introduction historique.*

Nous appelons actions possessoires celles qui ont pour but de protéger la possession. Or, la lésion de notre possession peut être plus ou moins grande, selon qu'elle consiste simplement dans un trouble apporté au pouvoir physique que nous exerçons sur la chose, ou qu'elle a pour effet de nous priver entièrement de ce pouvoir. Le préteur a créé deux catégories différentes d'interdits pour ces deux espèces de lésion ; on les distingue par les noms de *interdicta retinendæ possessionis*, et *interdicta*

[4] Fr. 44, § 2. D., *h. t.* - Fr. 33, § 4, D., *de usurpat.*, 41, 3. Cf. Fr. 40, § 1, *verb.* Sed hæc ita vera, D., *h. t.* — M. de Savigny, § 3, pense que depuis la L. 12, C., *h. t.*, citée ci-dessus, note 100, nous ne serions point dépossédé par le seul fait de la tradition, mais qu'il faudrait de plus un acte extérieur exercé contre nous par le tiers qui a reçu la chose. Cette opinion est soutenable *a priori* ; car on peut douter si la *tradition* faite à notre insu constate suffisamment à l'extérieur notre dépossession. Mais les Fragments du Digeste que nous avons cités s'expriment d'une manière trop claire ; le Fr. 3, § 9, D., *h. t.*, invoqué par M. de Savigny n'est pas assez explicite pour nous faire admettre qu'il y ait eu controverse parmi les anciens jurisconsultes ; enfin la L. 12, C. citée ne parle point de la tradition faite par notre représentant, mais du cas où il *abandonnerait* frauduleusement la possession, afin de faciliter à un autre l'occupation de la chose : « vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut *locus aperiatur* alii eandem possessionem detinere. » *Voy.* M. de Vangerow, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, t. I, § 209, n° 2.

[5] Supposons un locataire qui refuse de nous restituer la chose louée, parce qu'il a acquis ou croit avoir acquis la conviction que la chose lui appartient. Ou bien, notre agent, induit en erreur et croyant en avoir reçu l'ordre de nous, remet la chose à un tiers qui l'emporte.

recuperandæ possessionis. Toutes les deux supposent nécessairement que le demandeur a été possesseur au moment où la lésion a eu lieu ; mais, en général, il importe peu que sa possession soit juste ou injuste [6]. — Souvent on emploie le mot interdits possessoires dans un sens plus étendu, en comprenant sous cette dénomination trois catégories d'interdits, savoir, les *interdicta adipiscendæ*, *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* ; mais cette terminologie ne peut être approuvée [7]. En effet, les *interdicta adipiscendæ possessionis* n'ont point pour fondement la possession ; au contraire, ils sont accordés à celui qui ne prétend nullement avoir ou avoir eu la possession. Aussi sont-ils donnés non pour protéger la possession, mais pour nous faire acquérir une possession que nous n'avions pas auparavant. Or, cette circonstance ne nous autorise point à leur donner le nom d'actions possessoires ; car au même titre nous serions obligé de l'appliquer à beaucoup d'autres moyens de droit qui ont pour but de nous faire obtenir la possession d'une chose, par exemple à la revendication, à l'action résultant du contrat de vente en délivrance de la chose vendue, etc. Nous réserverons donc le nom d'actions possessoires exclusivement aux interdits qui ont pour but de protéger notre possession, soit contre celui qui nous trouble dans l'exercice de notre pouvoir, *interdicta retinendæ possessionis*, soit contre celui qui nous en a privé entièrement, *interdicta recuperandæ possessionis*. C'est aussi dans ce sens qu'on oppose aux interdits possessoires les actions pétitoires, qui ont pour but la protection d'un droit [8] et non point la protection d'un simple état de fait. — Au reste, nous ne nous occuperons ici que des interdits créés pour la protection de la possession corporelle ; ceux tendant à garantir la *juris* ou *quasi possessio* trouveront leur place dans les titres des servitudes et de la superficie.

Quand on examine l'ensemble de la législation romaine sur la possession et sur les actions créées pour la protéger, on est forcé de se demander comment une chose qui paraît avoir si peu d'importance en droit a pu donner lieu à un système aussi compliqué et aussi développé dans ses moindres détails. L'hypothèse suivante de Niebuhr et de M. de Savigny [9]

[6] Fr. 1, § 1. 9. 10. 30. Fr. 12. 18, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 2, D., *uti possidetis*, 43, 17. *Voy.* cependant § 175, notes 25 et suivantes.

[7] Elle doit son origine à la division des interdits donnée par GAIUS, IV, 143 ; JUSTINIEN, § 2, I., *de interd.*, 4, 15 et PAUL, Fr. 2, § 3, D., *eodem*, 43, 1. « Hæc autem interdicta, *quæ ad rem familiarem spectant*, aut adipiscendæ sunt possessionis, aut recuperandæ, aut retinendæ. » Au reste, il suffit de lire ce dernier passage pour se convaincre que le jurisconsulte veut donner une division, non pas des actions *possessoires*, mais des *interdicta quæ ad rem familiarem spectant*, c'est-à-dire des interdits donnés pour la protection d'un intérêt pécuniaire. *Voy.* Fr. 2, § 1, 2, D., *eodem*.

[8] Particulièrement d'un *droit réel*, soit *dominium*, soit *jus in re*. Fr. 28, D., *de obl. et act.*, 44, 7. - Fr. 178, § 2, D., *de verb. signif.*, 50, 16.

[9] NIEBUHR, *Histoire romaine*, t. II, pages 116 et suiv. - M. DE SAVIGNY, *Traité de la posses-*

répond de la manière la plus satisfaisante à cette question. Le sol romain se composait du domaine public et des propriétés privées, *ager publicus* et *ager privatus*. Ce dernier seul pouvait appartenir en propre aux citoyens. Quant au premier, abstraction faite des terres qui étaient destinées à l'usage commun, les particuliers pouvaient en occuper des parties, les cultiver et en tirer profit. Cette occupation ne leur donnait point la propriété, ni par conséquent les actions réelles qui servent à protéger la propriété. Il leur fallait donc un autre moyen de droit pour les protéger dans leur occupation contre des agressions injustes. Ce moyen fut l'institution des interdits possessoires, laquelle, après avoir été développée par l'usage, fut par la suite appliquée à tout pouvoir sur une chose qui n'avait pas le caractère de propriété. Enfin, quand tout le domaine public eut été changé en propriété privée, le système de la possession avait acquis le caractère de généralité que nous lui trouvons dans la législation de Justinien. Toutefois il est resté même dans le droit nouveau des traces de l'origine de l'institution. Ainsi les interdits les plus importants ne sont donnés que pour les immeubles [9]; et ce n'est qu'à l'aide de l'hypothèse exposée que nous pouvons expliquer la nature de l'interdit *de precario*, la possession accordée à l'emphytéote, et même la consécration expresse du principe d'après lequel nous retenons la possession des immeubles par la seule intention [10].

§ 175. *Des interdits* retinendæ possessionis *.

Les *interdicta retinendæ possessionis* sont donnés au possesseur toutes les fois qu'il est troublé par quelqu'un dans l'exercice de sa possession. Celui qui veut se servir de ces moyens doit donc prouver qu'il est possesseur [11], et que le défendeur a posé un acte qui apporte quelque

sion, § 12 a. - *Voy.* aussi M. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété*, p. 185. 208, et ce que nous avons dit sur le domaine public ci-dessus, § 11, notes 33 et suivantes; § 34, notes 2 et suivantes.

[9bis]. C'est aussi par ce motif que le mot *possessiones* signifie quelquefois tout simplement *des immeubles*. Festus, v. « *Possessiones* appellantur agri late patentes, publici privatique... » — *Voy.* aussi Fr. 38, pr. D., *de minor.*, 4, 4. - Fr. 5, § 10-12, D., *de rebus eor. qui sub tutela*, 27, 9. - Fr. 7, D., *de incendio*, 47, 9. - Fr. 1, D., *de decretis ab ord. faciendis*, 50, 9.

[10] En effet, le domaine public contenait beaucoup de pâturages, que les Romains divisaient en *saltus hiberni* et *æstivi*, selon que les troupeaux y étaient conduits pendant l'hiver ou pendant l'été. Or, pendant le temps que le possesseur d'un pareil pâturage ne s'en servait pas, il lui était fort indifférent qu'un autre s'y établit, et la privation de la possession n'était certaine pour lui que lorsque celui qui s'y était établi l'empêchait de reprendre le pâturage. *Voy.* ci-dessus, § 172, note 91.

* Gaius, IV, 148-152. - § 4, I., *de interdictis*, 4, 15. - Titt. D., *uti possidetis*, 43, 17; *utrubi*, 43, 31. - Tit. Th. C., *utrubi*, 4, 23. - Tit. J. C., *uti possidetis*, 8, 26.

[11] § 5, I., *de interdictis*, 4, 15. - Fr. 3, § 8, D., *uti possid.*, 43, 17. - Fr. 9, D., *de rei vind.*, 6, 1. — Il importe en général peu que la possession soit juste ou injuste. « Justa enim, an

trouble à sa possession. Cependant si l'acte du défendeur avait eu pour effet de faire perdre la possession au demandeur, il y aurait lieu à intenter un interdit *recuperandæ possessionis* [12].

Les interdits *retinendæ possessionis* ne peuvent être intentés que contre l'auteur du trouble : ils ne se donnent pas contre les héritiers comme tels, mais seulement lorsque ceux-ci continuent eux-mêmes de nous troubler [13]. — Mais que faut-il entendre par trouble? Quel caractère l'acte posé doit-il avoir pour que nous soyons autorisé à intenter contre son auteur un *interdictum retinendæ possessionis?* La réponse à ces questions se trouve dans les observations que nous avons présentées ci-dessus, en traitant de la perte de la possession par le fait d'autrui. Comme un tiers peut fort bien avoir et exercer le pouvoir physique sur une chose et aller même jusqu'à nous empêcher entièrement d'en disposer dans le moment actuel, sans que de ce fait résulte pour nous perte de la possession; de même, il se peut que quelqu'un porte atteinte au pouvoir exclusif que nous avons sur une chose, sans que cette atteinte constitue un trouble dans le sens technique du mot, c'est-à-dire une lésion de notre possession [14]. Pour que l'acte ait ce caractère, il faut qu'au fait extérieur posé par l'adversaire se joigne un élément intentionnel, la volonté de léser notre possession, ce qui implique presque toujours l'intention d'exercer lui-même un pouvoir sur la chose [15]. La

injusta *adversus ceteros* possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. » Fr. 2, D., *uti possid.*, 43. 17. Pour l'explication des mots *adversus ceteros*, *Voy.* ci-après, note 23.

[12] Fr. 1, § 4, 6, D., *uti possidetis*, 43, 17. - Fr. 1, § 1, D., *utrubi*, 43, 31. — Sous ce rapport il est à remarquer que nous ne sommes pas considéré comme n'ayant plus la possession d'une chose, par cela seul que nous en réclamons la restitution par l'action en revendication, bien que cette action suppose absence de possession dans la personne du demandeur (ci-après, § 204). Fr. 12, § 1, D., *de acq. poss.*, 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum possessione : et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cœpit rem vindicare : non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit. » Mais que deviendra la revendication, après que nous aurons intenté l'interdit? Évidemment, il devra être sursis au jugement. *Voy.* ci-après note 18, et Fr. 24, D., *de rei vind.*, 6, 1. Ce n'est donc pas par rapport aux *interdicta retinendæ possessionis* qu'on peut dire qu'il est permis, en droit romain, *de cumuler le pétitoire et le possessoire;* mais cette règle est parfaitement vraie pour les *interdicta retinendæ possessionis*. *Voy.* ci-après, § 176, note 42, et § 204.

[13] *Voy.* ci-dessus, § 172, notes 83 et suivantes.

[14] C'est pourquoi l'interdit *uti possidetis* est refusé dans les Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunciatione*, 39, 1. - Fr. 13, § 7, *verb.* Aut si quis re mea, D., *de injuriis*, 47, 10. - Tit., D., *quod vi aut clam*, 43, 24 et *passim;* hypothèses dans lesquelles il y a lieu de se servir d'autres moyens de droit, comme de l'action négatoire, de l'*actio legis Aquiliæ*, de l'*actio injuriarum*, de l'*interdictum quod vi aut clam* ou d'autres *in factum actiones*. *Voy.* ci-après, § 207, et t. II. §§ 353. 354. 364. 366. — Le Fr. 3, § 5, D., *uti possidetis*, 43, 17, que l'on cite également à cette occasion nous paraît appartenir à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-après, § 224.

[15] Gaius, I, 149. - § 4, I., *de interdictis*, 4, 15. - F. 12, D., *communi dividundo*, 10, 3. - Fr. 51, § 1, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 11, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 1, § 3, Fr. 3, § 1, 2, 3, D., *uti possidetis*, 43, 17. - Fr. 1, § 1, D., *utrubi*, 43, 31. — C'est aller trop loin que de soutenir que les *interdicta retinendæ possessionis* supposent *toujours nécessairement* dans la personne du

question de savoir si cette intention existe se résout, dans la plupart des cas, aisément par les circonstances, et, en dernière analyse, par la manière dont l'adversaire répond à notre action [16].

Le but direct des *interdicta retinendæ possessionis* est de faire constater le fait de notre possession [17]. C'est pourquoi ils peuvent être utilement employés à préparer une action en revendication afin de faire déclarer laquelle des deux parties doit prendre le rôle de défendeur ou celui de demandeur, ce dernier rôle incombant naturellement à celle qui est reconnue ne pas posséder [18].— Le fait de notre possession étant constaté, il sera ordonné à l'adversaire de cesser son trouble et de nous indemniser, s'il y a lieu [19]. Le montant de l'indemnité est déterminé d'après les règles générales en matière de dommages et intérêts [20]; cependant s'il y a lieu à restitution de fruits, cette obligation ne s'étend jamais au delà de la *litiscontestatio* [21]. En outre, le juge peut prendre des mesures pour empêcher tout trouble ultérieur, et particulièrement imposer à cet effet une caution à la partie qui succombe, *ne amplius turbetur* [22].

Le défendeur peut, de différentes manières, répondre à l'action qu'on lui

défendeur la prétention de posséder lui-même (*Voy.* ci-après, la note 2); et c'est à tort que l'on tire du Fr. 3, § 2, D., *uti possidetis*, 43, 17, « etenim videris mihi *possessionis controversiam facere*, qui prohibes me uti mea possessione » un argument en faveur de cette opinion. Car, abstraction faite de ce que la conclusion qu'on voudrait tirer de ce texte n'est point rigoureusement logique, la locution *controversionem facere alicujus rei* ou *juris*, ne dit point que celui qui conteste ait la prétention d'avoir pour lui-même la chose ou le droit qu'il conteste. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à songer aux *controversiæ status*. Cf. Fr. 9, § 2, D., *de his, quæ ut indignis auferuntur*, 34, 9, et *passim*.

[16] Le développement de cette idée se trouvera dans des applications analogues à la revendication, à une action confessoire et négatoire, et à la pétition d'hérédité, ci-après, §§ 204. 207. 222. 223, et t. III, § 487.

[17] Gaius IV, 166, 167, 168. - Fr. 1, § 39, D., *uti possidetis*, 43, 17.

[18] Gaius, IV, 148. - § 4, I., *de interdictis*, 4, 15, « Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit, et ante quæritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. Et quia longe commodius est, possidere potius, quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sunt utriusque iura, contra petitorem iudicari solet; » et Théophile, *ad h. l.* - Fr. 35, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 1, § 2. 3, D., *uti possidetis*, 43, 17. - L., un, C., *eodem*, 8, 6. - *Voy.* aussi ci-après, §§ 203. 204.

[19] Fr. 1 pr., § 4. Fr. 3, § 11, D., *uti possidetis*, 43, 17.

[20] Fr. 3, § 11, D., *eodem*. *Voy.* ci-après, t. II, § 261.

[21] Fr. 3, D., *de interdictis*, 43, 1. « In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro. » Arg. Fr. 1, § 40, D., *de vi*, 43, 16. — Dans l'ancien droit, on pouvait obtenir indemnité même des fruits antérieurs, au moyen de diverses cautions. *Voy.* ci-après, note 29.

[22] Fr. 1, pr. D., *uti possidetis*, 43, 17. « Ait Prætor : uti possidetis... quominus ita possideatis vim fieri veto, » et ci-dessus, § 156, notes 44 sqq. Cf. L. un. C., *uti possidetis*, 8, 6.

intente. Abstraction faite de l'hypothèse où il dénierait les faits de trouble, ce qui ne présente rien de particulier [23], il peut contester la possession de l'adversaire, voire même soutenir qu'il possède lui-même. Dès lors le pouvoir que le demandeur exerce sur la chose, et dans lequel il demande à être maintenu, prend vis-à-vis du défendeur le caractère d'une atteinte portée à la possession de ce dernier, et nous nous trouvons en présence de deux actions en maintenue [24]. Quelque chose d'analogue se présente lorsque le défendeur, tout en reconnaissant la possession de la partie adverse, soutient qu'elle l'a acquise en le dépossédant, lui, d'une manière illégale, *vi, clam vel precario*. Dans ce cas, en effet, il est permis au défendeur de se faire de l'exception fondée sur les faits illégaux commis envers lui [25] une arme agressive, et de conclure à ce que l'adversaire soit non-seulement débouté de sa demande, mais encore condamné à restituer la possession de la chose. L'exception a ici la nature et l'effet d'un *interdictum recuperandæ possessionis* [26]. Dans les cas que nous venons d'indiquer, il y a donc, en réalité, deux procès dans chacun desquels les parties prennent respectivement le rôle de demandeur et de défendeur. Cette particularité, qui se trouve indiquée dans le texte même de l'édit [27], a fait ranger les *interdicta retinendæ possessionis* dans la catégorie des *judicia duplicia* [28]. Elle donnait lieu dans l'ancienne procédure à des mesures particulières, qui aggravaient encore l'élément pénal par lequel se distinguaient les interdits en général, et surtout les interdits prohibitoires [29]. Dans le droit nouveau, il n'en

[23] Il importe cependant de signaler cette hypothèse, parce qu'elle montre que les *interdicta retinendæ possessionis* ne supposent pas *toujours* et *nécessairement* un défendeur qui prétend avoir lui-même la possession de la chose, comme le soutiennent plusieurs jurisconsultes modernes, à cause des passages cités ci-après, note 27.

[24] Gaius, IV, 160. Cf. Le Même, IV, 159. 187-190. 266. - Fr. 1, § 3, D., *uti possidetis*, 43, 17.

[25] *Commis envers LUI*. Car le défendeur ne saurait se prévaloir de la possession vicieuse de l'adversaire que dans le cas où le vice de la possession provient d'un fait commis envers lui, défendeur. Ce n'est que dans ce cas en effet qu'il aurait le droit d'intenter un *interdictum recuperandæ possessionis*. « Justa enim, an injusta *adversus ceteros* possessio sit, in hoc interdicto nihil refert. » Fr. 2, D., *uti possidetis*, 43, 17, et ci-dessus, note 11.

[26] Gaius, IV, 160. - § 7, I., *de interdictis*, 4, 15. - Fr. 1, § 9. Fr. 2, 3. pr. § 1, D., *uti possidetis*, 43, 17.

[27] Fr. 1, pr. D., *eodem*. « Ait Prætor : UTI... NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS... QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. - Fr. 1, § 9, D., *eodem*.

[28] Gaius, IV, 160. 187-190. - § 7. I., *de interdictis*, 4, 15. « ... Duplicia sunt, veluti UTI POSSIDETIS interdictum, et UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur : sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet. » - Fr. 2 pr. D., *de interdictis*, 43, 1. - Fr. 3, § 1, D., *uti possidetis*, 43, 17. - Fr. 37, D., *de obl. et act.*, 44, 7. — *Voy.* ci-dessus, § 157, n° 3.

[29] Voici, pour autant que nous puissions augurer d'un passage mutilé de Gaius, IV, 166-169, les opérations usitées dans l'*interdictum uti possidetis :* Cet interdit étant prohibitoire (... QUOMINUS POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO), il fallait y procéder *cum pœna* ou *per sponsionem* (ci-dessus, § 157, notes 74 sqq.). Mais, avant de procéder à la *sponsio*, le préteur mettait aux enchères la possession de la chose pendant le procès et l'accordait à celui des deux plaideurs qui offrait la somme la plus élevée, *fructus licitatio*. Cette somme était pénale,

résulte que cette conséquence, que le demandeur est exposé, aussi bien que le défendeur, à être condamné soit à cesser les actes de disposition ou de trouble qu'il s'est permis jusqu'ores, soit même à restituer la possession de la chose qu'il avait enlevée à son adversaire *vi*, *clam* ou *precario*. — Le défendeur peut également se prévaloir de la *præscriptio temporalis*.

Après une année utile, l'interdit n'est plus donné pour les dommages et intérêts; mais le défendeur reste responsable pendant trente ans de ce dont il se trouve enrichi au moment de l'action intentée [30].

Il y a deux interdits *retinendæ possessionis*, l'un pour les immeubles, l'autre pour les meubles. Ils sont appelés, d'après les premiers mots de l'édit qui s'y rapportent, le premier *uti possidetis* [31], le second *utrubi*. Anciennement, l'interdit *utrubi* se distinguait par quelques particularités. Notamment on y donnait gain de cause à la partie qui avait possédé la chose litigieuse pendant la plus grande partie de l'année, et dont la possession n'était pas vicieuse à l'égard de la partie adverse [32]. Il était donc

en ce sens que l'enchérisseur, s'il succombait, était tenu de la payer pour cela seul, *quod alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus erat*. Habituellement, dans le principe sans doute toujours, l'enchérisseur prenait cet engagement par une promesse spéciale, *fructuaria stipulatio*. Après cela, les parties engageaient le pari sur le fait de la possession, au moyen d'une *sponsio* et d'une *restipulatio* doubles (ci-dessus, § 156, note 46; § 157, note 75). La formule étant donnée, le *judex* avait dès lors à rechercher laquelle des deux parties avait, avant la licitation, réellement possédé la chose *nec vi nec clam nec precario ab altero*, ce qui constituait l'objet du pari. Le perdant était condamné à payer le montant de la *sponsio* et de la *restipulatio*: si c'était l'enchérisseur, il devait encore payer la valeur des fruits qu'il avait perçus depuis les enchères, et de plus à titre de peine la *summa licitationis*, s'il l'avait promise au moyen de la *stipulatio fructuaria*. S'il n'y avait pas eu de stipulation à cet égard, le jugement du pari ne pouvait comprendre la *summa licitationis*; mais le gagnant avait le droit de la poursuivre par une action séparée, *judicium fructuarium*, que l'on qualifiait de *secutorium*, parce qu'il était une suite du jugement de la gageure. Dans tous les cas, le gain du pari par celui qui n'avait pas eu la possession pendant le procès avait naturellement pour conséquence de lui donner le droit de demander la restitution de la chose au moyen d'une action qui, par ce motif, était également qualifiée de *judicium secutorium* et porte le nom particulier de *judicium Cascellianum*. Nous aurons à signaler ci-après l'analogie entre cette procédure et celle qui était anciennement en usage dans la revendication *per sacramentum* ou *per sponsionem*. Tout fait même supposer que la procédure des interdits a été calquée sur celle de la revendication.

[30] Fr. 1 pr. D., *uti possidetis*, 43, 17. « ... NEQUE PLURIS, QUAM QUANTI RES INTRA ANNUM, QUO PRIMUM EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, AGERE PERMITTAM. » Cf. Fr. 3, § 11, D., *eodem* et ci-dessus, notes 19 sqq. — Fr. 4, D., *de interd.*, 43, 1. « Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum judicium dandum Sabinus respondit. »

[31] Fr. 1 pr. D., *uti possidetis*, 43, 17. « UTI EAS ÆDES, QUIBUS DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS: QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. » Festus v. *Possessio* nous cite un autre texte, qui porte *fundum* au lieu de *ædes* « UTI NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM, QUO DE AGITUR, QUOD NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO, ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, ITA POSSIDEATIS, ADVERSUS EA VIM FIERI VETO. » — Y avait-il originairement deux interdits, l'un pour le *fundus*, l'autre pour les *ædes*; ou bien le texte de Festus est-il peut-être une rédaction plus ancienne?

[32] Fr. un. pr. D., *utrubi*, 43, 31. « UTRUBI HIC HOMO, QUO DE AGITUR, MAJORE PARTE HUJUSCE

encore sous ce rapport autant *recuperandæ* que *retinendæ possessionis*. Pour calculer le temps pendant lequel les parties avaient respectivement possédé, elles joignaient à leur possession celle de leurs auteurs, *accessio possessionis* [33]. Dans le droit nouveau, ces particularités ont disparu, et l'interdit *utrubi* est soumis aux mêmes règles que l'interdit *uti possidetis* [34].

§ 176. *Des interdits* recuperandæ possessionis.

Nous trouvons quatre interdits ayant pour but de nous faire recouvrer une possession perdue.

1° L'interdit *unde vi* ou *de vi* [35]. Anciennement, il y en avait deux espèces : l'un pour le cas de violence exercée à main armée, *vis armata ;* l'autre pour cause de toute autre violence grave, *vis quotidiana*. Ces deux espèces ont été fondues, par la suite, en un seul et même interdit [36]. — Cet interdit était donné au possesseur d'un immeuble [37] qui en avait été expulsé par des voies de fait exercées contre lui, *atrox vis*, ou par suite d'une crainte fondée de pareille violence [38]. — On peut l'intenter non-seulement

ANNI FUIT : QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. » — *Voy.* GAIUS, IV, 150-152. - PAUL, V, 6, 1. - *Vatic. fragm.*, 293. - § 4, I., *de interd.*, 4, 15 et THÉOPHILE, *ad. h. l.* - Fr. 156, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Majore parte anni possedisse quis intelligitur etiam si duobus mensibus possederit, si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit. »

[33] GAIUS, IV, 150-152. - *Voy.* aussi ci-après § 199, vers la fin.

[34] § 4, I., *de interdictis*, 4, 15. - *Voy.* aussi Fr. 1, § 1, D., *utrubi*, 43, 31, passage qui sans doute renferme une interpolation des compilateurs.

[35] CICÉRON, *pro Cæcina ; pro Tullio*. - GAIUS, IV, 154 sqq. - PAUL, V, 6, 2 sqq. - § 6, I., *de interdictis*, 4, 15. - Tit. D., *de vi et de vi armata*, 43, 16. - Tit. Th. C., *unde vi*, 4, 22. - Tit. J. C., *eodem*, 8, 4.

[36] CICÉRON, *pro Cæcina*, 31. « ... Ad duas dissimiles res duo disjuncta interdicta sunt... » — L'inscription même du titre au Digeste indique cette ancienne division, qui cependant ne se retrouve plus dans le texte de l'édit, tel que nous l'a conservé le Fr. 1 pr. D., *h. t.* « UNDE TU ILLUM VI DEJECISTI, AUT FAMILIA TUA DEJECIT, DE EO QUÆQUE ILLE TUNC IBI HABUIT (QUANTI EA RES ERIT) TANTUMMODO INTRA ANNUM ; POST... ANNUM DE EO QUOD AD EUM QUI VI DEJECIT, PERVENERIT, JUDICIUM DABO.

[37] PAUL, V, 6, 5. - *Fr.* 1, § 3-8, D., *de vi*, 43, 16. - Dans ce passage, au § 6, Ulpien semble dire qu'on n'a pas besoin d'un interdit *recuperandæ possessionis* pour les choses mobilières, parce qu'à l'égard de ces choses on peut se servir de l'*actio furti*, de l'*actio vi bonorum raptorum*, ou de l'*actio ad exhibendum*. Nous verrons ci-après, quand nous traiterons de ces actions, que l'argument n'est pas tout à fait juridiquement exact, puisqu'elles exigent toutes des conditions qui ne se trouvent pas toujours nécessairement dans la *possessio ad interdicta*. Mais de fait il ne se présentera pas facilement des cas dans lesquels la dépossession violente d'une chose mobilière ne donnerait pas lieu à l'une ou l'autre des actions énumérées. *Voy.* ci-dessus, § 172, notes 81 sqq. — La restitution des choses mobilières qui se trouvent dans l'immeuble peut être poursuivie, au reste, au moyen de l'interdit. Fr. 1 pr. D., *h. t.* « QUÆQUE ILLE TUNC IBI HABUIT. » - Fr. 1, § 40. Fr. 19, D., *eodem*. « ... Res moventes... »

[38] Fr. 1, § 3, 29, D., *de vi*, 43, 16. - Cf. Fr. 1, 3, § 1. D., *quod metus causa*, 4, 2.

contre le coupable, mais encore contre celui qui a donné l'ordre de l'agression et contre le maître des esclaves qui l'ont commise [39]. Les héritiers n'en sont point tenus, mais ils peuvent être poursuivis par une *in factum actio*, pour autant qu'ils se trouvent enrichis par suite du fait de leur auteur [40]. — Le but de l'interdit est d'obtenir la restitution de l'immeuble dont on a été expulsé et des dommages et intérêts [41]. — A l'égard de ces derniers, il se prescrit par le laps d'une année utile; après ce délai, il n'est plus donné que pour autant que le défendeur se trouve enrichi [42]. Outre la prescription, le défendeur pouvait anciennement opposer l'exception de la possession vicieuse de son adversaire, en soutenant que celui-ci avait possédé à son égard *vi, clam aut precario*. Cette exception cessait quand l'expulsion s'était faite à main armée. Dans le droit nouveau, elle est entièrement abolie [43].—Au reste, l'interdit *de vi* lui-même a perdu beaucoup de son importance par suite d'une constitution de Valentinien III, d'après laquelle celui qui s'empare de vive force d'une chose mobilière ou immobilière est toujours obligé de la restituer, et perd en outre son droit de propriété si la chose lui appartenait, ou doit en payer la valeur estimative, si elle ne lui appartenait pas [44].

[39] Cicéron, *pro Tullio*, 44. - Fr. 1, pr. § 11-20. Fr. 3, § 10-12. Fr. 4, 16, D., *de vi*, 43, 16.

[40] Fr. 1, § 48. Fr. 2. Fr. 3, pr. Fr. 9, D., *eodem*.

[41] Fr. 1, § 33 à 42. 1. 31. Fr. 6, 15, 19, D., *eodem*. - L. 4, C., *unde vi*, 8, 4. — Pour les fruits, l'interdit *de vi* fait exception à la règle exprimée au Fr. 3, D., *de interdictis*, d'après laquelle ils ne sont généralement dus qu'à partir de la *litis contestatio*. Fr. 1, § 40, D., *de vi*, 43, 16. « Ex die ex quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur : quamvis in ceteris interdictis, ex quo edita sunt, non retro computantur. Idem est et in rebus mobilibus, quæ ibi erant : nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi dejectus est. » — Au premier abord, il semble que l'interdit *unde vi* tende au même but pratique que la revendication, et que par conséquent il doive y avoir concours *électif* entre ces deux actions. Mais il suffit de lire ce que nous dirons ci-après sur le but et l'effet de la revendication (§ 204), pour découvrir la différence essentielle qui la sépare sous ce rapport de notre interdit. Aussi les Romains admettent-ils le concours cumulatif des deux actions. Fr. 18, D., *de vi*, 43, 16. « Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilominus interdicto recte agere, placuit. » C'est ce que les commentateurs expriment en disant, qu'en droit romain il est permis de *cumuler le pétitoire avec le possessoire*. Il va sans dire, au reste, que le jugement rendu dans l'interdit possessoire ne constitue point une chose jugée à l'égard de la revendication. *Voy.* ci-dessus, § 155, note 42, et Fr. 12, § 1, D., *de acq. poss.*, 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum possessione... »

[42] Fr. 1, pr. § 39, D., *eodem* - L. 2, C., *eodem*. — Anciennement cette restriction ne s'appliquait pas au cas où la violence avait été faite à main armée, *vis armata*. Cicéron, *ad famil.*, XV, 16.

[43] Cicéron, *pro Cæc.*, 8. 22. 32; *pro Tullio*, 44. - Gaius, IV, 154 sq. - Paul, V, 6, 7. - Fr. 14, D., *de vi*, 43, 16. - § 6, I., *de interdictis*, 4, 15. « ... Is, qui dejecit, cogitur restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat. »

[44] (L. 3, Th. C., *unde vi*). L. 7, J. C., *unde vi*, 8, 4. — D'après M. de Savigny, § 40, cette constitution aurait eu pour effet d'étendre l'interdit *de vi* aux choses mobilières; mais, abstraction faite de ce que pareille extension n'est mentionnée nulle part, il est à remarquer que le remède introduit par Valentinien n'est point une action possessoire, puisqu'il est

2° L'interdit *de clandestina possessione*. D'après un passage du Digeste, il paraît qu'un interdit de ce nom était anciennement accordé dans le cas où quelqu'un nous avait privé clandestinement de la possession d'un immeuble [45]. Depuis qu'il fut admis qu'on ne peut plus perdre la possession des immeubles d'une manière clandestine, l'interdit est devenu inutile et s'est trouvé naturellement remplacé par l'interdit *de vi*. Aussi n'est-il plus mentionné dans nos sources.

3° L'interdit *de precario* [46]. L'origine de cet interdit remonte probablement au temps où les possesseurs du domaine public avaient l'habitude d'abandonner à leurs clients l'usage des terres qu'ils ne cultivaient pas eux-mêmes [47]. Cette faveur, accordée *precario*, pouvait être révoquée, et l'interdit servait à forcer le client à la restitution du bien qui lui avait été concédé. Dans le principe, il n'eut lieu qu'à l'égard des immeubles; par la suite, quand le *precarium* fut appliqué aux choses mobilières, l'interdit fut également étendu à ces choses [48]. — Il tend à la restitution de la chose et au payement des dommages et intérêts [49].—Ces notions suffisent ici; nous aurons par la suite l'occasion de montrer quelques applications de cet interdit et de donner plus de détails sur la nature même du *precarium* [50].

4° Enfin quelques constitutions, dont la plus ancienne date de Constantin, font encore mention d'un ***interdictum momentariæ possessionis***. Ces lois sont assez vagues pour laisser du doute même sur la question de savoir si le terme désigne réellement une action spéciale. Il paraît cependant que c'était une création récente, ayant pour but de faire recouvrer ***sine pœna*** la possession d'une chose quelconque, mobilière ou immobilière, dans des cas où les autres actions possessoires ne seraient pas applicables, soit que le délai de la prescription fût expiré, soit que la dépossession se fût opérée par un acte qui ne pouvait rigoureusement être qualifié de violence, ni motiver l'interdit de *precario* [51].

accordé même aux simples détenteurs. Pourtant, de fait, cette constitution a ôté presque toute importance à l'interdit *de vi*.

[45] ULPIAN, Fr. 7, § 5, D., *communi dividundo*, 10, 3. « Julianus scribit... »

[46] Tit. D., *de precario*, 43, 26.

[47] *Voy.* ci-dessus, § 11, notes 35. 36.

[48] ISIDORE, *Origines*, V, 25. *Voy.* aussi ci-dessus, § 174 vers la fin.

[49] Fr. 2. pr. D., *de precario*, 43, 16. « Ait Prætor : QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS. » — Fr. 2, § 1. Fr. 8, §§ 3-6, D., *eodem*.

[50] *Voy.* ci-après, § 239, note 3, et t. II, § 326, n° 3.

[51] L. 8, § 1. Th. C., *de jurisdictione*, 2, 1. « Momentariæ etiam possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam ut mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, mereatur, abacti etiam animalis causa proponetur. » — L. 6, Th. C., *de denunciatione*, 2, 4. - L. 1. Th. C., *unde vi*, 4, 22 (L. 1. J. C., *si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio*, 8, 5). « ... Sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos *momentariæ... possessioni* restituant. Cf. L. 4. Th. C., *eodem*. - L. 6. Th. C., *eodem* (L. 3. J. C., *qui legitimam per-*

TITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

—

NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 177. *Introduction historique.* I. *Propriété romaine.* Dominium ex jure Quiritium.

Si nous examinons les trois législations qui se partagent aujourd'hui l'Europe, une observation nous frappe tout d'abord. C'est qu'elles font dériver exclusivement de l'État le pouvoir absolu sur une chose, que nous désignons par le mot de propriété. L'idée de la propriété individuelle, du moins en ce qui concerne les immeubles, était étrangère aux anciens Germains [1]. Après la conquête, à la vérité, elle commence à prendre place

sonam, 3, 6.) - L. un. Th. C., *si de momento fuerit appelatum*, 11, 37, et *Interpret. Visigoth. ad h. l.* Cf. SYMMAQUE, *Epist.*, X, 48. 53. - L. 8. 11. J. C., *unde vi*, 8, 4. — *Voy.* aussi les *Basiliques*, VII, 19, 3; L., 3, 60.

[1] Il est facile de distinguer, dans le développement historique de la propriété immobilière chez les Germains, les trois périodes suivantes : 1° Absence de toute propriété individuelle ; le territoire appartient à tous. 2° Par suite des conquêtes et de l'accroissement des richesses mobilières, on admet une propriété individuelle; mais elle dérive de l'État, et ne peut être transférée que dans l'assemblée du peuple. 3° Enfin, on n'exige plus pour le transfert de la propriété que l'assentiment de la famille et l'intervention de l'autorité judiciaire. Nous ne pouvons point entrer ici dans les détails, ni fournir toutes les preuves. Toutefois les passages suivants indiquent à grands traits les points que nous venons de signaler. 1° JULES-CÉSAR, *De bello gallico*, IV, 1, en parlant des Suèves : « Sed privati ac separati agri apud eos nihil est; » et des Germains en général, VI, 21. 22 : « Germani multum ab hac consuetudine (Gallorum) differunt : nam neque Druides habent... neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios; sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coierunt, quantum eis, et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt. Ejus rei multas adferunt causas... » TACITE, *Germania*, c. 26. « Agri pro numero cultorum ab universis per vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur... » 2° *Lex Ripuariorum*, c. 59, § 1. « Si quis alteri aliquid vendiderit, et emtor testamentum (i. e. instrumentum) venditionis accipere voluit, *in mallo* hoc facere debet. » *Mallus* est l'assemblée du peuple. La loi des Ripuaires est du sixième siècle. 3° Enfin au treizième siècle, on n'exige que l'intervention de l'autorité judiciaire et l'assentiment de la famille. « Si quelqu'un a vendu ou donné un immeuble ou un serf sans avoir obtenu le consentement des agnats, ceux-ci peuvent reprendre la chose aliénée sans être obligés de rembourser le prix d'achat. Même avec ce consentement et l'intervention de justice, on ne peut point aliéner tous ses immeubles ; on doit garder un demi-arpent de terre, ou au moins un emplacement assez grand pour former une cour dans laquelle peut tourner une voiture. » *Miroir des Saxons*, I. 52, 34. — Pour le droit nouveau, *voy.* MITTERMAIER, *Lehrbuch des deutschen Privatrechts*, § 200. - RUNDE, *Grundsätze des deutschen Privatrechts*, § 259. - ZACHARIÆ, *Geist der deutschen Territorialverfassung*, page 226.

parmi leurs institutions; mais alors même le droit de propriété n'existe que comme émanation de l'État ou de la commune, et il n'est reconnu que pour autant que ces autorités publiques l'accordent et la garantissent. Enfin aujourd'hui encore, le transfert d'un immeuble ne s'opère en droit germanique qu'au moyen de l'investiture judiciaire. L'ancien droit slave n'accordait aux individus qu'un droit d'usage sur le sol national, et c'est à partir du douzième siècle seulement que la notion de la propriété individuelle, relativement aux immeubles, commence à se produire en Pologne [2].

Chez les Romains, le principe d'après lequel toute propriété émane originairement de l'État s'étendait même aux meubles. Le soldat, en effet, ne pouvait dire sien le butin qu'il avait fait (source originaire de toute richesse mobilière à Rome) que lorsque la république avait autorisé le pillage, ou qu'il l'avait acheté à la vente faite par l'État [3]. On était naturellement plus rigoureux encore à l'égard des immeubles. Les terres appartenaient au peuple, aucune occupation ne pouvait à leur égard créer un pouvoir légal : la propriété territoriale était exclusivement octroyée par l'État, et, originairement, elle l'était dans une proportion qui lui ôtait toute importance pratique. Le lot de terre attribué à chaque patricien était de deux arpents, espace à peine suffisant pour la maison et le jardin [4]. Mais en dehors de cette propriété individuelle, le père de famille avait la jouissance du domaine public, dont l'étendue augmentait à chaque nouvelle conquête. Il paraît, à la vérité, que la quotité de terres assignée aux plébéiens était plus considérable, — elle comprenait sept arpents [5]; — mais ce fait même prouve combien on attachait peu d'importance à la propriété. D'ailleurs, cet excédant de propriété accordé à la plèbe n'était certes pas une compensation suffisante pour la privation des droits politiques et de l'usage du domaine de l'État. Quoi qu'il en soit, les transactions entre particuliers, les distributions nouvelles de terres, les usurpations fréquentes des possesseurs du domaine public, et surtout l'immense accumulation des richesses mobilières, finirent par modifier cet état de choses, et par donner une influence très-grande à la propriété individuelle [6]. Cependant, on maintint jusque sous l'empire le principe que la propriété des choses qui, originaire-

[2] *Voy.* M. Lelewel, *Considérations sur l'état politique de l'ancienne Pologne*, dans le t. II, de son *Histoire de Pologne*, Paris, 1844.

[3] *Voy.* ci-après, § 183, n° III, et § 184, n° 6.

[4] Varron, *de re rust.*, I, 10; *de lingua latina*, V, 4. - Columella, *de re rust.*, I, 3. - Pline, *H. N.*, XVIII, 2. - Siculus Flaccus, *de condit. agror.* (p. 15, ed. Gœs., p. 33, ed. Giraud).— *Voy.* aussi Denys d'Hal., II, 7. - Tite-Live, IV, 47. VIII, 11. 20. On trouve des renseignements intéressants sur toute cette matière dans M. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, Aix, 1838.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 34, note 10.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 21, note 29, et surtout § 34, notes 9 à 14.

ment, avaient constitué la principale richesse du citoyen [7], ne pouvait être transmise que sous la garantie de la nation même, ou de l'autorité constituée; savoir, par *mancipatio*, acte solennel fait devant cinq témoins, représentant les cinq classes du peuple, ou par *in jure cessio*, acte fait devant le préteur [8]. Toute autre aliénation ne transférait point à l'acquéreur la chose d'après le droit et sous la garantie des Quirites; cependant, il pouvait donner à son pouvoir le caractère légal de la propriété, s'il l'exerçait au vu de la nation entière pendant un certain temps, *usucapio* [9]. Car la tolérance de tous les citoyens à l'égard d'une possession publiquement exercée équivaut au consentement de la nation, et supplée la sanction expresse [10]. Les choses dont la propriété ne pouvait être transférée que de la manière décrite étaient appelées *res mancipi;* les autres, de moindre importance, pour l'aliénation desquelles la simple remise d'homme à homme, *traditio*, était suffisante, s'appelaient *res nec mancipi* [11].

L'on a beaucoup discuté sur le fondement de cette division [12]. Les anciens mentionnent comme étant *res mancipi:* les fonds italiques, tant les champs que les maisons, avec les servitudes rurales y attachées, les esclaves, les bœufs, les chevaux, les mulets et les ânes [13], toutes choses qui évidemment constituaient, dans les premiers temps de Rome, la principale richesse du citoyen [14], ou tout au moins les objets du patrimoine qui ont

[7] « Res pretiosiores. » Gaius, I, 192.

[8] Nous ne parlons ici que de la transmission de particulier à particulier; car dans les ventes faites par la république, la garantie de l'État est de droit.

[9] Gaius, II, 18. 22. 41. - Ulpien, I, 16, XIX, 3. 7-9. - *Voy.* § 129, notes 11 21.

[10] L'usucapion est à la mancipation ce que le droit coutumier est à la loi votée dans les comices, *voluntate omnium sine lege comprobatum.*—Gaius, II, 41 (III, 80). - Ulpien, I, 16.

[11] Ulpien, XIX, 7. « Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi : harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditæ sunt nobis. » - Gaius, II. 18. 20.

[12] Parmi le grand nombre d'auteurs qui ont écrit sur cette matière, nous nous bornons à citer : Cujas, *Paratitla ad Tit. C., de usucap. transform.* - Van Bynkershoek, *Opusculum de rebus mancipi et nec mancipi;* dans ses *Opusc. varii argumenti*, n° 2. - Meerman, *Dissert. exhibens nonnullas de rebus mancipi et nec mancipi earumque mancipatione conjecturas.* Lugd., Batav., 1741. - Trekell, *Tr. de origine atque progressu testamenti factionis*, et une critique du même auteur dans les *Hamburgische Berichte.* - Hugo, *Geschichte des Röm. Rechts*, p. 509 et suiv. de l'éd. XI, et Schilling, *Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte*, p. 153 et suiv. — Les divers systèmes des auteurs sont exposés dans la *Chrestomathie* de M. Blondeau, t. I, p. 196.

[13] Ulpien, XIX, 1. « Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. Mancipi res sunt prædia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura prædiorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquæductus (Gaius, II, 17. 29); item servi et quadrupedes quæ dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceteræ res nec mancipi sunt; elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. » — *Voy* aussi Cic., *pro Flacco*, 32. - Gaius, I, 120. II, 15. 16. 17. - *Vaticana fragm.*, 259.

[14] C'est aussi probablement par une réminiscence des anciens temps que Gaius, I, 192, appelle ces choses *res pretiosiores*, qualification qui certes n'était plus exacte au second

une individualité prononcée, de manière à pouvoir être reconnus et revendiqués partout où elles se trouvent. Il est dès lors probable que dans l'origine la protection absolue qui caractérise la propriété romaine n'était accordée qu'aux *res mancipi*, comme le semble d'ailleurs indiquer le nom par lequel on les désigne [15]. Cet avantage cependant fut bientôt étendu à toutes choses qui peuvent se trouver dans un patrimoine [16], et il ne resta dès lors aux *res mancipi* d'autre particularité que celle de ne pouvoir être acquises en propre que par un des anciens modes impliquant la garantie formelle des Quirites.

Après cette digression, revenons à notre matière. La propriété garantie par la république, *dominium ex jure Quiritium*, jouissait en vertu de cette garantie même d'une protection absolue. A l'effet de maintenir son droit, le propriétaire avait une action qui suivait la chose partout, une *in rem actio*, appelée *rei vindicatio*. Or, pour que l'on pût appeler une chose sienne *ex jure Quiritium*, il fallait la réunion des trois conditions suivantes : capacité personnelle de l'individu, capacité de la chose, mode d'acquisition conforme au droit civil des Romains. Quand l'une de ces conditions manquait, le droit que l'on pouvait avoir sur une chose n'était pas *ex jure Quiritium* [17]. La chose pouvait faire partie de nos biens, être *in bonis* [18] ; ce pouvoir, s'il était conforme aux idées de droit reçues chez toutes les nations, était toléré par les Quirites, mais il n'était pas garanti de la manière

siècle de l'ère chrétienne. — Ce que nous venons de dire dans le texte ne contredit point l'hypothèse d'après laquelle *res mancipi* seraient les choses qui devaient être déclarées au cens, pas plus que celle qui donne comme signe caractéristique de ces choses le rapport dans lequel elles se trouvent avec l'agriculture, seule industrie des anciens Romains. Ces deux hypothèses sont vraies, mais incomplètes. Il est particulièrement incontestable que la plupart des *res mancipi* ont un rapport direct avec l'agriculture. On remarquera, à cet égard, d'abord la circonstance que les servitudes rurales sont comptées parmi les *res mancipi*, ensuite la controverse dont parle Gaius, II, 15. « ... (Equus, bos...) statim, ut nata sunt, mancipi esse putant : Nerva vero, Proculus et ceteri diversæ scholæ auctores non aliter mancipi esse putant, quam si domita sunt... » Cf. Isidore, *Orig.*, IX, 4, 45.

15 *Res mancipi* i. e., *mancipii*, choses de propriété. *Voy.* ci-après, § 179, vers la fin.

16 C'est-à-dire que toutes choses quelconques, *mancipi* comme *nec mancipi*, à l'exception des *res extra commercium* et des fonds provinciaux (ci-après, § 196, litt. *B*), sont susceptibles de la propriété romaine et de la protection que le droit des Quirites accorde à cette propriété. Cet état de choses existait déjà à une époque fort reculée ; il ne nous reste même aucun document qui prouve qu'il en ait jamais été autrement. *Voy.* Gaius, II, 43. 196. — Ulpien, XIX, 8. XXIV, 7. — Faisons observer, au reste, que ceci n'ôte rien à la probabilité de l'hypothèse énoncée dans la note précédente.

17 Gaius, II, 40. « Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur : aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus... »

18 Gaius, II, 40. « ... Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. » — Le Même, I, 54. « Ceterum, cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligatur...) »

que nous venons de signaler. Il est probable que dès le jour où l'on reconnut une certaine valeur aux institutions du *jus gentium*, un pouvoir de ce genre trouva aussi une protection, au moins relative, contre des agressions illégales qui avaient le caractère d'un délit ou étaient de nature à donner lieu à une action possessoire. Mais ces armes étaient d'un usage fort restreint, puisqu'elles ne pouvaient servir que contre la personne même qui nous avait privé de la chose [19], tandis que la revendication nous compétait contre quiconque se trouvait en possession de la chose, par cela seul que la chose était nôtre *ex jure Quiritium*, et alors même que la possession du débiteur aurait pris naissance de la manière la plus légale [20]. — Cependant, à mesure que les idées primitives s'effaçaient, d'une part les institutions libres du *jus gentium* obtinrent une protection de plus en plus efficace, d'autre part les créations du *jus civile* perdirent de leur rigueur et s'élargirent successivement, de sorte que, par suite de ce rapprochement mutuel, nous trouvons à la fin une si grande analogie entre la propriété du *jus gentium* et celle *ex jure Quiritium*, que Justinien se crut obligé de sanctionner légalement une fusion qui s'était déjà presque opérée de fait.

Pour bien saisir la marche de ce développement successif, nous allons rapidement passer en revue les différents cas dans lesquels la propriété n'était pas *ex jure Quiritium*, et montrer de quelle manière on est parvenu à les assimiler à la propriété romaine.

§ 178. 2. *Propriété du jus gentium.* Dominium bonitarium.

Les causes qui empêchent que, dans un cas donné, la soumission d'une chose au pouvoir de l'homme n'ait le caractère de propriété romaine sont au nombre de trois. Elles proviennent : soit de l'incapacité du proprtétaire, soit de l'incapacité de la chose, soit enfin du mode d'acquisition.

A. Incapacité du propriétaire. Les *peregrini*, n'ayant pas le *commercium*, étaient incapables d'avoir une chose *ex jure Quiritium* [21]. Nous n'avons pas de données exactes sur la manière dont on envisageait leur propriété; mais tout porte à croire que le préteur finit par leur accorder une *in rem actio*, en les traitant, au moyen d'une fiction, comme s'ils étaient citoyens [22]. Quoi qu'il en soit, il est certain que cette cause d'incapacité perdit

[19] *Voy.* ci dessus, §§ 174 et suivants.

[20] L'*intentio*, en effet, ne portait pas même le nom du défendeur : le *judex* n'avait qu'à examiner SI PARET, HANC REM EX JURE QUIRITIUM A. AGERII ESSE. En cas d'affirmative, il devait condamner le défendeur, alors même qu'il n'aurait jamais personnellement lésé le demandeur. *Voy.* ci-dessus, § 137, note 11, et ci-après, § 204, n° 2.

[21] *Voy.* ci-dessus, § 55, notes 82 et suivantes.

[22] *Voy.* ci-dessus, § 159, note 49. — Cf. GAIUS, IV, 37. « Item civitas romana peregrino fingitur... » — D'après CIC., *ad Attic.*, VI, 1. 12, les édits des préteurs et des proconsuls

beaucoup de son importance après l'ordonnance de Caracalla, qui accorda le droit de cité à tous les sujets de l'empire, et qu'elle disparut entièrement par suite des constitutions de Justinien relatives au même objet[23].

B. Incapacité de l'objet. Les immeubles, dans les provinces, ne pouvaient être propriété privée *ex jure Quiritium*. Les Romains ne voulaient pas même admettre de propriété naturelle à leur égard ; ils n'accordaient aux détenteurs qu'un droit de possession et d'usage : car, disaient-ils, la propriété en appartient au peuple romain[24]. En vertu de ce principe, ils imposaient aux fonds provinciaux une rente annuelle, *vectigal*, qui prit à la longue le caractère d'une contribution publique[25]. C'est particulièrement par cet impôt foncier que les fonds provinciaux différaient des fonds italiques. Aussi, quand Maximin eut privé le sol de l'Italie de l'immunité d'impôt, le droit de possession sur les immeubles dans les provinces se trouvait de fait assimilé à la propriété romaine, du moins quant aux effets[26]. Il restait, à la vérité, une différence notable quant à l'acquisition ; car les modes d'acquérir du *jus civile*, particulièrement la *mancipatio*, la *in jure cessio* et l'*usucapio* ne s'appliquaient point aux fonds provinciaux. Mais les deux premiers modes finirent, comme nous le verrons ci-après, par tomber complétement en désuétude; et du temps de l'empire, nous trouvons dans les provinces, sous le nom de *longi temporis possessio* ou *præscriptio*, une institution qui se développe d'une manière si analogue à l'usucapion, qu'elle n'en diffère guère à la fin que par le laps de temps requis pour l'acquisition[27]. Aussi n'hésite-t-on plus, du temps de Dioclétien, à donner le nom de *dominium*, ou de *proprietas*, à la possession légale des fonds provinciaux[28]. L'assimilation de cette propriété *juris gentium* avec la propriété romaine était d'ailleurs devenue d'autant plus

dans les provinces contenaient des dispositions à cet égard. — Aussi Gaius, II, 40 parle-t-il de *dominium apud peregrinos*.

[23] *Voy.* ci-dessus, § 53, notes 85 sqq., et § 58, notes 2 sqq.

[24] Gaius dit : *au peuple et à l'empereur*, II, 7. « In provinciali solo... dominium populi romani est vel Cæsaris : nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur... »

[25] *Voy.* ci-dessus, § 38, note 87. C'est pourquoi on appelait ces immeubles *prædia stipendiaria* ou *tributaria*. Aggenus (Simplic.), éd. Goes., p. 76. - Le Même, éd. Goes., p. 38. - *Vatic. fragm.*, 61. 259. 283. - § 40, I., *de rer. divis.*, 2, 1. - Souvent aussi on distingue entre ces deux termes, en donnant le nom de *stipendiaria* aux immeubles dans les provinces du peuple ou du sénat, dont les contributions tombent dans l'*ærarium;* et celui de *tributaria*, à ceux dont les contributions sont versées dans la caisse de l'empereur. *Voy.* ci-dessus, § 58, note 98, et Gaius, II, 21. - *Vat. fragm.*, 289. - Théophile, ad § 40, I., *de rer. div.*, 2, 1.

[26] Aggenus (Simplic.), éd. Goes., p. 76. « Vindicant tamen inter se non minus ex æquo ac si privatorum agrorum. »

[27] L. un. C., *de nudo jure Quiritium tollendo*, 7, 25. - L. un. C., *de usucapione transformanda*, 7, 31. - *Voy.* ci-après, §§ 197. 198.

[28] *Vat. fragm.*, 283. « Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti. » 315. Dominium rei tributariæ. » 316. « Tributarii prædii dominus. »

facile, que le nombre des fonds italiques était considérablement diminué, et que par conséquent les dispositions légales qui s'y rapportaient exclusivement avaient perdu beaucoup de leur importance.

C. Défaut résultant du mode d'acquisition. Ici se présentent particulièrement deux cas :

1° Lorsque quelqu'un avait acquis une *res mancipi* sans observation des formes prescrites, par exemple, par simple tradition, la chose lui appartenait sans aucun doute; elle faisait partie de ses biens, *in bonis* [29]. Par là, il avait tout ce qui constitue la matière de la propriété [30]; bien plus, sa propriété naturelle pouvait être changée en propriété romaine au moyen de l'usucapion: mais tant que ce changement n'avait pas été opéré, l'ancien possesseur conservait le *jus Quiritium*, par la raison qu'il ne s'en était pas dessaisi. En vertu de ce droit, qu'on appelait dans ce cas *nudum jus Quiritium* [31], il continuait de jouir des actions attachées à la propriété romaine; particulièrement, il pouvait intenter la revendication et poursuivre la chose partout où il la trouvait. Il est vrai que l'acquéreur avait le droit de le repousser au moyen de l'*exceptio doli;* mais comme cette exception est purement personnelle, elle ne pouvait point être opposée à ceux auxquels l'ancien propriétaire aurait cédé ou mancipé son *jus Quiritium*. Pour obvier à cet inconvénient, le préteur créa une exception analogue, mais d'une application plus étendue, au moyen de laquelle l'acquéreur ou ses ayants cause repoussaient non-seulement celui qui leur avait vendu et remis la chose, mais encore tous ceux qui tenaient leur droit de lui, *exceptio rei venditæ et traditæ* [32]. — Ainsi le propriétaire naturel

[29] Gaius, II, 40 (ci dessus, note 18.) Cf. Fr. 52, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1. - Fr. 190, D., *de regulis juris*, 50, 17.

[30] *Voy.* en général Gaius, II, 41, et Ulpien, I, 16. 23. Nous ne pouvons entrer dans les détails que quand nous traiterons des cas particuliers. Cependant, pour prouver que celui qui avait une chose *in bonis* jouissait matériellement des avantages réels de la propriété, il suffit de faire observer que l'on acquérait par l'esclave, dont on n'avait que la propriété bonitaire. Gaius, I, 54. 167. II, 88. III, 166. - Ulpien, XIX, 20. *Voy.* ci-après. t. III, § 415. — Les restrictions auxquelles le pouvoir du bonitaire se trouvait soumis du temps des jurisconsultes classiques se réduiseot aux trois points suivants : 1° il ne peut constituer des servitudes *jure civili*, mais seulement *tuitione prætoris;* 2° par l'affranchissement, il donne à l'esclave, non pas le droit de cité, mais seulement la qualité de *Latinus Junianus;* 3° il ne peut léguer *per vindicationem*. *Voy.* ci-après, § 225, et t. III, §§ 17. 495.

[31] Gaius, I, 54. III, 166. Par contre, on appelait *ex utroque jure dominus, pleno jure dominus* celui qui réunissait la propriété naturelle et celle *ex jure Quiritium*. Gaius, I, 54. III, 80. - Théophile, 1, 5, 4. — Il pouvait se faire que quelqu'un eût le *nudum jus Quiritium* d'une chose, sans qu'aucun autre l'eût *in bonis*, par exemple le maître d'un esclave affranchi sans les formalités requises par le *jus civile*. (Gaius, III, 56. - Ulpien, III, 4, et ci-après, t. III, § 417); comme d'un autre côté une chose pouvait être simplement *in bonis nostris*, sans qu'aucun autre en eût le *jus Quiritium;* par exemple, dans le cas d'une *adjudicatio* faite par suite d'un *judicium imperio continens*. *Voy.* ci-après, § 195.

[32] Cette exception, créée d'abord pour le cas de tradition faite en vertu d'une vente, fut

était protégé contre toute action; mais cette protection ne lui suffisait pas quand il avait perdu la possession de la chose, avant d'avoir accompli l'usucapion. Pour combler cette lacune, le préteur Publicius inventa une formule, par laquelle il considérait l'acquéreur comme ayant déjà accompli l'usucapion. Par suite de cette action fictive, appelée *Publiciana in rem actio*, et qui produisait les mêmes effets que la revendication [33], l'acquéreur avait donc les mêmes avantages que s'il avait eu la propriété romaine, et le *nudum jus Quiritium* n'était plus qu'un simulacre de droit [34].

2° Il nous reste à parler d'un cas qu'on pourrait désigner par le nom de propriété prétorienne [35]. Les préteurs créèrent divers modes d'acquérir qui donnaient à la personne qui en usait un pouvoir réel analogue à la propriété. Tels étaient l'envoi en possession d'un bâtiment voisin menaçant ruine, l'adjudication de l'esclave d'autrui qui nous a causé un dommage, l'acquisition des biens d'un débiteur insolvable par suite de l'envoi en possession accordé aux créanciers, enfin l'envoi en possession des biens d'un défunt à titre d'héritier ou de fidéi-commissaire [36]. Les envois en possession, n'étant pas des modes d'acquérir du droit civil, ne donnaient pas la propriété *ex jure Quiritium;* mais comme la personne qui avait obtenu les biens pouvait changer sa possession en propriété romaine, au moyen de l'usucapion, et qu'en attendant elle trouvait toujours protection auprès du préteur [37], il est évident que son droit équivalait de fait à la vraie propriété. Aussi s'habitua-t-on à y appliquer également les termes *in bonis* et *dominium* [38].

Observation. Comme nous venons d'indiquer l'origine de la *Publiciana in rem actio*, il ne sera pas hors de propos de faire connaître une autre application qui en a été faite postérieurement. La *Publiciana actio* repose sur la fiction qui consiste à considérer celui qui n'a fait que commencer une

par la suite généralisée et même appliquée aux traditions faites à titre gratuit, bien qu'on lui conservât son nom originaire. *Voy.* ci-après, § 206.

[33] *Voy.* ci-après, § 208.

[34] Une conséquence du *nudum jus Quiritium* est encore mentionnée par Ulpien, XI, 19, qui dit que, d'après la loi *Junia Norbana*, la tutelle du *latinus Junianus* appartient à celui qui en avait le *jus Quiritium* avant l'affranchissement.

[35] Quelques auteurs, d'après l'exemple de Zimmern, donnent le nom de *propriété prétorienne* à toute propriété *non civile*. Cette extension ne nous paraît point admissible.

[36] *A.*) Missio in possessionem ex secundo decreto *damni infecti causa*. *Voy.* ci-après, t. II, § 374. - *B.*) *Servus ex noxali causa* jussu prætoris ductus. Ci-après, t. II, § 366. — *C.*) *Emtio bonorum* d'un débiteur insolvable. Ci-après, t. II, § 380. — *D.*) *Bonorum Possessio* à titre d'héritier, ci-après, t. III, §§ 440. 454; à titre de fidei-commissaire, §§ 524 sqq.

[37] Ainsi la *Publiciana actio* est accordée à celui qui a obtenu l'adjudication d'un esclave *ex noxali causa*. Fr. 28, in f. D., *de noxal. act.*, 9. 4. Cf. Fr. 6, D., *de Publ. in rem act.*, 6. 2., et Fr. 5. § 23, D., *de acq. poss.*, 41, 2.—Pour les autres cas, *voy.* les paragraphes cités à la note 36.

[38] Gaius, III, 80. - Fr. 28, in f. D., *de noxal. act.*, 9, 4. - Fr. 1, D., *de bonor. possess.*, 37, 1. - Fr. 16, §§ 16, 17, 33, D., *de damno infecto*, 39, 2.

usucapion comme s'il l'avait déjà accomplie. Or, l'usucapion était également un moyen d'acquérir pour celui qui avait acquis de bonne foi, et en vertu d'un juste titre une chose de quelqu'un qui n'était pas propriétaire. La formule Publicienne, qui d'abord n'avait été inventée que pour le propriétaire bonitaire, fut donc appliquée par analogie au possesseur de bonne foi qui était en état d'usucaper. A cet effet, on n'avait qu'à y faire un léger changement, et c'est avec ce changement que nous trouvons l'action Publicienne dans le Digeste [38 bis]. — Après cette observation, nous allons résumer dans un tableau les divers cas de propriété ou de rapports analogues, avec les actions qui servent à les protéger :

PROPRIÉTÉ.	
I. *Ex jure Quiritium*, qui suppose 1° capacité du sujet, 2° capacité de la chose, et 3° mode d'acquérir conforme au droit civil.	REI VINDICATIO
II. *Juris gentium. In bonis.*	
1° Pour défaut de capacité du sujet. *Peregrini.*	
2° Pour défaut de capacité de la chose. *Fundi provinciales.*	
3° Pour défaut de mode d'acquisition conforme au droit civil.	PUBLICIANA IN REM ACTIO.
a) Acquisition d'une *res mancipi* par tradition.	
b) Propriété prétorienne.	
POSSESSION DE BONNE FOI.	

§ 179. 3° *Propriété du droit nouveau. — Terminologie.*

En examinant attentivement les divers cas de propriété en dehors du *jus civile*, et les modifications que le développement successif des institutions légales avait apportées au système romain, on s'aperçoit aisément que, du temps de Justinien, l'ancienne distinction avait perdu presque toute importance. En effet l'incapacité fondée sur la qualité de *peregrinus* s'était effacée depuis Caracalla et avait été entièrement abolie par Justinien; la division en fonds italiques et fonds provinciaux n'existait plus que de nom, si l'on fait abstrac-

[38 bis]. A comparer la formule donnée par Gaïus et le passage de l'édit qui se trouve dans la compilation de Justinien : GAIUS, IV, 36. « SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET. » — Fr. 1, pr. D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2. « SI QUIS ID, QUOD TRADITUR EX JUSTA CAUSA, NON A DOMINO ET NONDUM USUCAPTUM PETET, JUDICIUM DABO. »

tion de l'usucapion ; le *nudum jus Quiritium* n'était plus qu'une ombre de droit, et les formalités solennelles qui avaient été en usage pour l'aliénation des *res mancipi* étaient naturellement tombées en désuétude ; la propriété prétorienne l'emportait partout sur la propriété purement civile. Cependant les anciens termes existaient encore, et la lettre de la loi n'était pas d'accord avec les faits. Justinien, en s'occupant de la réforme de la législation, s'aperçut de cette contradiction apparente. Il résolut de la faire cesser, en sanctionnant légalement un état de choses qu'il n'était plus permis de méconnaître. A cet effet, il publia deux constitutions, l'une ayant pour but d'abolir le *nudum jus Quiritium* [39], l'autre, par laquelle il mit les fonds provinciaux sur la même ligne que les fonds italiques [40].

Par suite de ces réformes, il n'y a plus dans le droit nouveau qu'une seule espèce de propriété. L'ancienne division en *res mancipi* et *res nec mancipi* a entièrement disparu, la *mancipatio* et la *in jure cessio* sont remplacées par la simple tradition, l'*usucapio* et la *longi temporis præscriptio* sont fondues en une seule institution, applicable à toute chose qui est dans le commerce. Quant aux moyens de protection, la *rei vindicatio* est accordée à toute propriété ; l'*exceptio rei venditæ et traditæ* ne peut plus être appliquée dans le cas pour lequel elle avait été créée d'abord, mais elle présente encore de l'utilité pratique dans d'autres cas (§§ 192. 206). Il en est de même de la *Publiciana in rem actio*, qui est accordée dans le droit nouveau au possesseur de bonne foi en état d'usucaper (§ 208).

Il nous reste à dire quelques mots sur la terminologie. Dans le principe, les Romains n'avaient pas de mot pour exprimer l'idée abstraite du droit de propriété. Le propriétaire disait : *hæc res mea est ex jure Quiritium* [41]. Du temps de Cicéron, le mot *mancipium* servait à désigner la propriété romaine [42]. Plus tard, nous trouvons *dominium legitimum, dominium, proprietas* [43]. — Pour désigner la propriété en dehors du *jus civile*, on employait les locutions *in bonis esse, in bonis habere* [44]. Les auteurs modernes, en s'appuyant de l'exemple de Théophile, ont créé le terme *dominium bonitarium*, auquel ils opposent la propriété romaine sous le nom de *dominium Quiritarium* [45]. — A partir du troisième siècle de l'ère chrétienne, le droit bonitaire est aussi appelé *dominium* ou *proprietas* [46], et

[39] L. un. C., *de nudo jure Quiritium tollendo*, 7, 25.

[40] L. un. C., *de usucapione transformanda, et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*, 7, 31. Cette loi est de l'an 531.

[41] Cicéron, *in Verrem*, II, 2, 12 ; *pro Murena*, 12. - Gaius, I, 54. II, 40. 196. - Ulpien, I, 16. 23, etc.

[42] Cicéron, *epist. ad famil.*, VII, 29. 30.

[43] Varron, *de re rustica*, II, 10, 4, parle déjà du *dominus legitimus*.

[44] Gaius, I, 54. - Ulpien, I, 16. XIX, 20.

[45] « *Δεσπότης βονιτάριος ; δεσπότης jure Quiritario.* » Théophile, ad § 3, I., *de libertinis*, 1, 5.

[46] *Voy.* ci-dessus la note 24. Dans Gaïus se trouvent même deux passages qui pourraient

dans la législation de Justinien ces deux mots sont les termes techniques pour désigner la propriété unique du droit nouveau [47].

§ 180. *Nature du droit de propriété.*

Le droit de propriété suppose comme objet une chose individuellement déterminée, *res* [48]; il soumet cette chose légalement à notre pouvoir de la manière la plus étendue. Il s'ensuit que le droit de propriété est de sa nature absolu et exclusif.

1° Il est absolu en ce sens que le propriétaire peut disposer de la chose comme bon lui semble, quand même il nuirait à autrui en agissant ainsi. Toutefois, la manifestation de ce pouvoir peut être modifiée légalement soit dans l'intérêt public et général, soit dans l'intérêt d'un particulier. Nous traiterons de ces modifications dans le paragraphe suivant.

2° Le droit de propriété est exclusif. Le propriétaire peut empêcher tout autre de disposer de la chose qui lui appartient. La manifestation de ce pouvoir peut également être modifiée de différentes manières que nous exposerons avec plus de détail au paragraphe suivant. — Il en a déjà été parlé sommairement dans l'Introduction (§ 162); nous y avons démontré en effet qu'il est possible de démembrer du droit de propriété certaines manifestations et de les ériger en droits séparés, lesquels droits, appelés *jura in re*, nous donnent le pouvoir de disposer d'une manière plus ou moins étendue de la chose d'un autre. Mais nous avons également eu soin de faire observer que ces démembrements ne peuvent jamais aller jusqu'à priver d'une manière absolue le propriétaire de la possibilité de disposer lui-même de sa chose. Ce principe est de l'essence de la propriété. Il en résulte particulièrement que deux ou plusieurs personnes ne

faire croire que les termes techniques *meum, tuum esse* étaient déjà, de son temps, appliqués au propriétaire bonitaire. Gaius, I, 167. « Cujus et in bonis et ex jure Quiritium ancilla fuerit. » II, 41. « Impleta usucapione pleno jure incipit, id est, et in bonis, et ex jure Quiritium tua res esse. »

[47] Les mots *dominium* et *proprietas* sont synonymes. Proprietas est cependant parfois employé par excellence, pour désigner la propriété dépouillée du droit de jouir de la chose, la *nue propriété*. Gaius, II, 30. 33. - § 4, I., *de usufructu*, 2, 4 et *passim*. — Dominium se dit plutôt pour désigner le droit de propriété, considéré comme droit absolu ; par extension, on applique même le terme à d'autres droits, pour indiquer qu'ils nous appartiennent en propre. Ainsi, nous trouvons les expressions *dominus hereditatis* pour *héritier* (Fr. 48, D., *de heredibus instituendis*, 28, 5); *dominium ususfructus*, pour *jus ususfructus* (Fr. 3, D., *si ususfructus petatur*, 7, 6) et même *dominus* et *dominium proprietatis*, pour désigner le nu propriétaire, la nue propriété. Gaius, II, 30, 33 et *passim*.

[48] Fr. 23, § 5. Fr. 44. D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 40, D., *emti*, 19, 1. - Fr. 15. pr. D., *de pignoribus*, 20, 1. - Fr. 7, § 10, D., *de acquir. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 2, D., *de superfic.*, 43, 18. — Nous aurons à développer la portée de cet axiome ci-après §§ 186-190. 194 et 204.

peuvent point avoir chacune la propriété entière de la même chose. Car il est impossible que les volontés de deux personnes différentes s'appliquent librement au même objet [49]. C'est à tort que quelques commentateurs parlent d'un * *condominium plurium in solidum* *. Cette idée, qui ne saurait se concilier avec l'essence du droit de propriété, ne se trouve point dans la législation romaine. Nous nous réservons de démontrer ci-après la fausseté d'une application qu'on en a faite sous les noms de * *dominium directum* * et * *dominium utile* * [50]. Mais nous sommes obligé de dire ici quelques mots d'une autre invention des auteurs modernes, qui a donné naissance aux termes *dominium civile* et *dominium naturale* ou *dormiens*. Par là on veut dire que de deux personnes l'une peut exercer légalement et pleinement le droit de propriété, tandis que l'autre tient le même droit comme en cachette, de manière qu'à une certaine époque il puisse revivre et sortir tous ses effets : d'où le nom *dominium dormiens* ou *quiescens*. Cette erreur bizarre doit principalement son origine à une constitution de Justinien, qui à la vérité ne se distingue point par une rédaction exacte et précise [51]. Cette constitution règle les droits de la femme à l'égard des biens qu'elle apporte au mari pour soutenir les charges du ménage, *dos*. Le mari devient propriétaire de ces biens ; mais en les recevant il s'oblige à les restituer éventuellement après la dissolution du mariage. De ce chef, la femme a contre lui une action qui est naturellement *in personam*. Or il peut se faire que le mari ait contracté beaucoup de dettes et que l'action en restitution devienne ainsi inutile ou au moins insuffisante. Pour mettre la femme à l'abri de ce danger, plusieurs lois lui accordent différents priviléges, et, dans la loi citée, Justinien lui attribue le droit de reprendre en nature les choses qu'elle a apportées en dot, et cela de préférence à tout autre créancier. L'empereur donne comme motif de cette disposition que les biens dotaux ont d'abord appartenu à la femme et que même ils sont restés sa propriété pendant le mariage, sinon d'après la loi, du moins *naturaliter* [52]. C'est sur cette expression, et sur le terme *vindicare* qui se trouve dans la loi, que les commentateurs ont établi leur *dominium naturale* ou *dormiens*. Nous montrerons ci-après, au titre du Mariage, que le raisonnement de Justinien n'est point fondé ; nous y établirons que le mari seul est propriétaire des biens dotaux durant le mariage, et que la femme n'a aucun droit réel sur eux.

[49] Fr. 5, § 15, D., *commodati*, 13, 6. « ... Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse. » *Voy.* aussi ci-dessus, § 165, note 15.

[50] *Voy.* ci-après, §§ 232 et suivants.

[51] L. 30, C., *de jure dotium*, 5, 12. « In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen exstant... mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare... »

[52] L. 30. C. *citée* « ... Cum eædem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio .. »

Seulement, après la dissolution du mariage elle peut en demander la restitution; et pour rendre ce droit plus efficace, Justinien lui permet de les reprendre en nature, ce qui lui donne un grand avantage sur les autres créanciers du mari. Toutefois, dit la loi, ce privilége ne lui est accordé, à l'égard des biens dotaux, que *si tamen exstant*. Ces mots ne disent point «pourvu qu'en général ces choses existent encore,» car pareille disposition serait absurde par excès de trivialité. Le seul moyen de leur donner un sens raisonnable, c'est de les préciser en suppléant à la phrase: *apud maritum*, «pourvu que ces choses se trouvent encore chez le mari». Il en résulte que ce n'est pas en vertu d'un droit de propriété que la femme reprend les biens dotaux, car dans cette hypothèse elle pourrait les reprendre partout où elle les trouverait; mais en vertu d'un droit d'obligation extrêmement privilégié [53].

3° Le droit de propriété est irrévocable. Nous avons montré, au § 164, que cette conséquence découle des deux caractères distinctifs de la propriété que nous venons d'analyser. En effet, si ce droit est exclusif, il est évident qu'il ne peut point dépendre de la volonté d'un étranger de le faire cesser malgré le propriétaire. D'un autre côté, de ce qu'il est absolu, il résulte que les dispositions que le propriétaire fait légalement à l'égard de la chose doivent être maintenues et sortir leurs effets, quelles que soient d'ailleurs les relations personnelles qui peuvent exister entre lui et d'autres personnes. Cette règle a surtout une grande importance dans les cas où l'acte sur lequel se fonde l'acquisition de la propriété se fait en vertu d'une aliénation à l'occasion de laquelle celui qui aliène se réserve le droit de reprendre la chose aliénée. Ainsi, en supposant que j'aie vendu à Pierre un fonds de terre, et que nous soyons convenus que la vente sera résiliée en ma faveur au cas que telle condition se réalise, quel sera l'effet de l'accomplissement de cette convention résolutoire? Certes, si Pierre possède encore le fonds, il sera condamné à me le restituer; mais s'il l'a vendu à Paul, je ne pourrai point, contre ce dernier, me prévaloir de la convention que j'ai conclue avec Pierre. De ce chef, je devrai m'en tenir à celui avec qui j'ai contracté, et qui sera condamné à me tenir indemne du dommage qu'il m'a causé en se mettant dans l'impossibilité d'exécuter son engagement. De même, si pendant le temps qu'il était propriétaire, Pierre avait établi des *jura in re* sur le fonds, je devrais le reprendre dans l'état où il se trouverait, c'est-à-dire grevé des *jura in re*, sauf à exercer mon recours contre Pierre du chef de la perte qu'il m'a occasionnée en diminuant ainsi la valeur de l'immeuble. C'est en vain que je soutiendrais que Pierre n'a pu transférer à Paul plus de droit qu'il n'en avait lui-même; car les conventions particulières que j'ai conclues

[53] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 392. 393.

avec Pierre, tout en établissant une obligation entre nous deux, n'ont pu affecter le droit de propriété. En effet, pour qu'il en fût autrement, il aurait fallu que je me fusse réservé un droit réel sur le fonds vendu ; et cela n'est pas : car la loi n'admet que deux espèces de droits réels, la propriété et les *jura in re*. Or le contenu de notre convention ne constitue point un droit qui puisse entrer dans une catégorie quelconque des *jura in re;* et quant à la propriété, il n'en peut être question, d'abord parce que la même chose ne peut avoir deux propriétaires, ensuite parce que la propriété ne se transfère point par simple convention. Malgré la réserve que j'ai faite, je ne pourrai donc point revendiquer le fonds dans les mains d'un tiers acquéreur : je n'aurai de recours que contre Pierre avec qui j'ai contracté. En d'autres termes, je ne pourrai faire valoir mon droit de révocation que *in personam*. — Telle est la règle qui découle de la nature du droit de propriété. A-t-elle été également reconnue et sanctionnée par les Romains? Dans l'ancien *jus civile* l'affirmative ne saurait être douteuse, puisqu'aucun des anciens modes civils d'acquérir n'admettait de condition quelconque. Mais la plupart des interprètes du droit romain contestent l'exactitude du principe, au moins dans le droit nouveau, et soutiennent que, lorsque les parties ont ajouté à l'acte d'aliénation une convention résolutoire conventionnelle ou, comme on a l'habitude de s'exprimer d'une manière peu logique, lorsqu'une chose a été aliénée sous condition résolutoire [54], l'accomplissement de la condition aurait pour effet d'éteindre *ipso jure* la propriété acquise, et de la faire retourner sur la tête de la partie en faveur de laquelle le pacte résolutoire a été stipulé, de manière qu'elle puisse revendiquer la chose entre les mains de qui que ce soit, et libre de toutes charges dont elle a pu être grevée, nonobstant les aliénations et dispositions que le propriétaire a pu faire. La résolution ou révocation opérerait *in rem*, d'après le principe *Resoluto jure concedentis, resolvitur jure concessum*. Nous ne saurions admettre cette théorie, qui est destructive de la nature du droit de propriété et qui nous paraît incompatible avec le développement historique de l'institution et les décisions positives de nos sources [55]. Nous pensons, au contraire, que le principe de l'irrévocabilité de la propriété est resté debout dans le droit romain jusque dans les derniers temps. Toute la législation de Justinien

[54] Nous rappelons l'observation que nous avons faite au § 125, note 52, savoir que les actes qu'on qualifie ordinairement d'acquisitions sous condition résolutoire, contiennent en réalité deux conventions différentes, ayant pour but, l'une de créer un droit, l'autre de le résilier éventuellement.

[55] *Voy.* entre autres Fr. 73, D., *de contrah. emt.*, 18, 1. - Fr. 6, D., *de rescind. vend.*, 18, 4. - Fr. 21, § 5, D., *de act. emti*, 19, 1. - Fr. 12, D., *de præscr. verbis*, 19, 5. - Fr. 3, D., *quib. mod. hypoth.*, 20, 6. - Fr. 43, § 8, D., *de Ædil. ed.*, 21, 1. - L. 2, C., *de rescind. vend.*, 4, 44. - L. 2. 3, C., *de pactis inter emtorem*, 4, 54. - L. 4, C., *de Æd. ed.*, 4, 58. - L. 7, C., *de revor. donat.*, 8, 56.

ne nous offre que trois hypothèses dans lesquelles il paraît y avoir été dérogé sous certains rapports, savoir la vente avec *in diem addictio*, la révocation des donations à charge de fournir des aliments et le legs conditionnel. Nous discuterons ces hypothèses aux endroits convenables [56].

Observation. Les limites d'un livre élémentaire ne nous permettent point d'exposer les diverses théories des jurisconsultes modernes sur la révocabilité de la propriété en droit romain. D'après celle qui s'éloigne le plus de notre manière de voir, le propriété est, à la vérité, de sa nature irrévocable; mais elle peut être rendue révocable ou résoluble, soit par la loi, soit par la volonté de l'homme. On distingue dès lors deux espèces de propriété révocable, l'une * *ex tunc* *, l'autre * *ex nunc* *. La première est celle dont la cause de révocation se trouve déjà dans l'acquisition, et dont les effets par conséquent remontent au moment de l'acquisition, *ex tunc;* la seconde est celle qui résulte d'un fait postérieur à l'acquisition, et dont les effets ne commencent qu'à partir du moment de la révocation même, *ex nunc*. On voit que ces deux termes désignent ce que nous avons exprimé en disant que la clause résolutoire exerce son effet *in rem*, ou *in personam :* mais il suffit d'un moment de réflexion pour se convaincre qu'il est contraire à toute logique d'appliquer le mot propriété révocable au dernier cas. Il ne peut être question de propriété révocable que quand la révocation s'exerce *in rem* ou *ex tunc*.— Cette seule inexactitude suffirait pour rejeter la terminologie des commentateurs; mais la théorie même à laquelle elle s'applique est erronée et très-dangereuse en ce qu'elle admet qu'il dépend de la volonté de l'homme de donner arbitrairement à la propriété le caractère de révocabilité. Aussi est-il impossible dans ce système d'indiquer le principe d'après lequel il faut juger les divers cas qui peuvent se présenter. Le seul moyen de sortir d'embarras serait de rechercher l'intention des parties. Mais comme cette intention est presque toujours exprimée par rapport à la résiliation de la convention, et non pas par rapport au droit de propriété, la difficulté reste entière. Pour l'éluder, les commentateurs ont imaginé que la révocation serait *ex tunc* quand les parties se seraient exprimées *verbis directis*, et qu'elle serait simplement *ex nunc* quand elle aurait été stipulée *verbis obliquis*. Cette règle est sans aucune utilité, parce qu'elle exige elle-même de nouvelles explications, et de plus, les explications qu'on voudrait en donner ne s'accordent point avec nos sources.—Nous nous proposons de démontrer avec plus de détail au § 331 le vice de cette théorie, qui doit probablement son origine à l'influence de la garantie, *Gewæhre* du droit germanique.

[56] *Voy.* ci-après, t. II, § 331, n° 4, et Obs.; § 338, n° 3, et t. III, §§ 497. 501.

§ 181. *Modifications et restrictions apportées au droit de propriété.*

Nous avons dit, dans le paragraphe précédent, que le droit de propriété peut être limité dans ses manifestations de différentes manières, pourvu que les restrictions qui y sont apportées n'en détruisent point l'essence. Nous allons exposer rapidement les modifications les plus importantes qui peuvent se présenter.

1. Copropriété * *Condominium.* * S'il est vrai que deux ou plusieurs personnes ne peuvent point avoir chacune la propriété de la même chose en entier, rien n'empêche cependant qu'une chose appartienne en commun à plusieurs propriétaires. C'est ce rapport que les Romains expriment en disant que ces plusieurs personnes ont la chose *pro indiviso*[57]. Toutes ensemble ont le droit de propriété; mais aucun des copropriétaires pris séparément n'a ce droit, soit par rapport à la chose entière, soit par rapport à une partie déterminée de la chose. Il s'ensuit qu'aucune disposition ne peut être prise relativement à la chose sans le consentement de tous les copropriétaires[58]. Cependant chacun d'eux est libre de disposer de son droit, particulièrement il peut l'aliéner, et par l'aliénation il transfère à l'acquéreur sa part intellectuelle, *pars indivisa*, dans le droit de propriété[59]. De même chaque copropriétaire peut demander le partage réel de la chose[60]. A cet effet, il a une action en partage, appelée *communi dividundo*, dont nous expliquerons la nature quand nous nous occuperons des rapports obligatoires qui naissent de la communauté [61].

2. *Jura in re.* Nous avons vu au § 162 que les *jura in re* ont pour effet soit de nous interdire certains modes d'exercer notre propriété, soit d'autoriser un autre à faire quelque chose que nous serions en droit de l'empêcher de faire, si notre droit de propriété n'avait pas été limité. Nous exposerons dans la suite la nature des différentes catégories

[57] Fr. 5, § 15, D., *commodati*, 13, 6. - *Voy.* aussi Fr. 4, § 6, D., *finium reg.*, 10, 1. - Fr. 6, § 1, D., *comm. divid.*, 10, 3.

[58] Fr. 28, D., *comm. divid.*, 10, 3. « ... In re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse ; in re enim pari potiorem esse causam prohibentis constat. » — Fr. 2, D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 11, D., *si serv. vindic.*, 8. 5. - Fr. 10, pr. *de aqua pluvia*, 39, 3. - L. 1. 4. C., *de comm. rerum alienat.*, 4, 52. — Une modification à cette règle se trouve mentionnée ci-après, § 202, *B.* — Le fisc jouit d'un privilége particulier. L. 2, C., *de comm. rer. alien.*, 4, 52.

[59] Fr. 68, D., *pro socio*, 17, 2. - L. 3, C., *de comm. rer. alien.*, 4, 52. - L. 12, C., *de donat.*, 8, 54. — De là résulte qu'il peut également hypothéquer sa part. L. 1. C., *communi dividundo*, 3, 37. - L. 3, C., *de comm. rer. alienat.*, 4, 52. - L. un. C., *si comm. res pignori*, 8, 21.

[60] L. 5, C., *communi dividundo*, 3, 37.

[61] *Voy.* ci-après, t. II, § 360.

des *jura in re*. Ici, il suffit de rappeler que pareille restriction, comme n'étant pas conforme à la nature du droit de propriété, n'est jamais présumée. Celui qui prétend qu'elle existe doit en prouver l'origine, et jusqu'à ce qu'il ait fourni cette preuve la propriété est censée libre [62]. De même, quand un *jus in re* s'éteint, de quelque manière que ce soit, la propriété redevient libre, absolue et illimitée [63].

3. Restrictions légales. Enfin la loi impose à l'exercice du droit de propriété certaines restrictions que les commentateurs désignent assez improprement par le nom de servitudes légales [64]. Ainsi, quoique la propriété d'un immeuble emporte la propriété du dessus et du dessous [65], le propriétaire du fonds inférieur est tenu de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur. De son côté, le propriétaire du fonds supérieur ne peut point faire de constructions par lesquelles le cours naturel des eaux serait changé au préjudice du fonds inférieur [66]. — Le propriétaire d'un fonds doit laisser entre sa propriété et celle de son voisin un espace, qui est de 2 1/2 pieds quand il sépare deux maisons, *ambitus*, *intercapedo* [67], et de 5 pieds quand il sépare des fonds cultivés, *quinque pedes* [68]. — Enfin il y a plusieurs autres restrictions faites dans l'intérêt de l'exploitation des mines, de l'agriculture, de la conservation des bâtiments, du culte, de la sûreté et de la santé publiques [69].

[62] L. 9-11, C., *de servit.*, 3, 34. C'est par le même motif que ces restrictions doivent toujours être interprétées strictement. Fr. 68, pr., D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 13, § 1. Fr. 29, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 13, § 1, D., *comm. præd.*, 8, 4. *Voy.* en général ci-après, §§ 210. 222. 223.

[63] § 4, I., *de usufr.*, 2, 4. - Fr. 3, § 2, D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 30, D., *de serv. præd. urb.*, 8, 2. *Voy.* ci-après, § 230, nº 1. 2, §§ 237. 238. 234.

[64] On verra ci-après, au § 210, pourquoi ce terme ne peut point être admis en droit romain.

[65] *Voy.* ci-dessus, § 112, note 12, et § 114, nº 1.

[66] *Voy.* en général sur cette matière, Tit. D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ (actione)*, 39, 3, et ci-après, t. II, § 364.

[67] Varron, *de l. l.*, V, 22. - Festus vv. *Ambitus. Insulæ.* — Sous les empereurs, la législation sur cette matière a beaucoup varié. Tacite, *Ann.*, XV, 43. - Fr. 14, D., *de servitut. præd. urb.*, 8, 2. - L. 9. 11. 12. § 2, C., *de ædific. privat.*, 8, 10.

[68] Cette disposition existait déjà dans la loi des Douze Tables. *Voy.* ci-après, § 199, A, et t. II, § 360, nº 3.

[69] L. 3. 6. C., *de metallariis*, 11, 6. - Cic., *pro Cæcina*, 19. - Fr. 14, § 1, D., *quemadm. servit. amittantur*, 8, 6. - L. 14, § 1, C., *de servitutibus et aqua*, 3, 34. - Fr. 17 pr. D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. - Tit. C., *de ædificiis privatis*, 8, 10. *Voy.* aussi ci-après, § 219, nº 5. — Fr. 8 pr. D., *de religiosis*, 11, 7. - Fr. 3, § 5, D., *de sepulcro violato*, 47, 12. - L. 12, C., *de religiosis*, 3, 44.

COMMENT LA PROPRIÉTÉ S'ACQUIERT.

§ 182. *Observations générales.*

Pour l'acquisition du droit de propriété il faut : 1° une personne capable d'acquérir, 2° une chose susceptible d'être acquise, 3° un mode d'acquisition.

1° Quant à la personne, il est évident que celui qui veut acquérir la propriété d'une chose doit avoir la capacité nécessaire à cet effet. Comme c'est la volonté de l'acquéreur qui constitue l'élément fondamental de son acquisition, et que nous ne pouvons vouloir par autrui, nous ne pouvons non plus, rigoureusement parlant, acquérir par un tiers. Ce principe, découlant de la nature des choses, était expressément reconnu par le droit romain [70]. Par des raisons d'utilité, on cherchait cependant à tourner des inconvénients qui en résultaient au point de vue économique. D'abord l'organisation de la famille romaine y apporta une modification importante. Les personnes sous puissance n'étant, pour ainsi dire, qu'une émanation du chef, et ne formant qu'une personne avec lui, il s'ensuivait naturellement que tout ce qu'elles acquéraient était forcément acquis au *paterfamilias* [71]. Le même motif n'existait point dans le cas où des actes d'acquisition étaient posés par des personnes agissant librement pour nous sans être soumises à notre puissance, *liberæ personæ*. Aussi Justinien dit-il encore que nous n'acquérons point la propriété par de pareilles personnes. De fait, cependant, ce principe n'est plus dans le droit nouveau qu'une lettre morte, depuis qu'il a été admis que nous pouvons acquérir la possession par de simples mandataires. En effet, l'examen des divers modes d'acquérir la propriété nous montrera que, dans la plupart des cas où il faut un acte positif d'acquisition, cet acte consiste en une prise de possession de la chose dont on veut acquérir la propriété [72].

[70] Tit. I., *per quas personis nobis acquiritur*, 2, 9. - Tit. C., *eodem*, 4, 27.

[71] Gaius, II, 86 sqq. - Ulpien, XIX, 18. - Fr. 10, D., *de acquir. rerum dominio*, 41. 1 et *passim*. *Voy.* pour les détails ci-dessus, § 98, n° III, et ci-après, t. III, §§ 406. 411. 415. 419. 420.

[72] § 5, I., *per quas personas nobis acquiritur*, 2, 9. « Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque juri vestro subjectos habetis, neque bona fide possidetis... nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur *per extraneam personam nihil acquiri posse* (Gaius, II, 95. - L., 1, C., *h. t.*, 4, 27) : excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem secundum Divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit, vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit. » *Voy.* aussi L., 1. 8, C., *de acq. et retin. poss.*, 7, 32, et ci-dessus, § 171.

2° Quant à la chose, il faut qu'elle soit *in commercio*. L'ancienne différence entre les fonds italiques et les fonds provinciaux n'existe plus dans le droit nouveau [73].

3° Le mode d'acquisition consiste ordinairement en un acte à faire par celui qui veut acquérir. Il est cependant des cas dans lesquels la propriété nous est acquise par cela seul que tel fait, telle circonstance ont eu lieu [74]. — L'acquisition de la propriété peut être *per universitatem* ou *singularum rerum*. Ce que nous avons dit au § 95 nous dispense de donner des explications sur la valeur de ces termes. Des raisons de méthode nous engagent d'ailleurs à ne traiter ici que de l'acquisition de choses déterminées, et même d'exclure de ce livre la succession *in singulas res* à cause de mort [75]. — Une autre division des modes d'acquisition est celle en *modi juris civilis* et *modi juris gentium*, selon qu'ils dérivent du *jus civile* ou du *jus gentium* [76]. Gaïus et Justinien semblent donner cette division comme étant encore d'une grande importance. Il est possible qu'elle en ait eu dans l'origine, en ce sens que les modes civils seuls eussent donné la propriété quiritaire, tandis que les modes naturels n'auraient fait acquérir que la propriété bonitaire; mais déjà du temps des jurisconsultes classiques il n'était plus resté aucune trace de cette différence d'effets [77]. Certes les modes civils donnaient la propriété civile [78]; mais des modes naturels pouvaient amener le même résultat. Ainsi il est hors de doute que la tradition transférait la propriété civile des *res nec mancipi* [79], l'occupation avait pour effet d'attribuer la propriété civile au citoyen romain [80], et l'accession la donnait également quand la chose principale était propriété *ex jure Quiritium* [81].

[73] *Voy.* ci-dessus, §§ 178. 179.

[74] Par exemple, quand une chose nous est acquise de plein droit *ex lege* (§ 183, n° V), ou par suite d'accession (§§ 186-189).

[75] Il sera parlé au livre V, qui contient le *Droit héréditaire*, des acquisitions *per universitatem*, ainsi que des *acquisitiones singularum rerum mortis causa*.

[76] Gaius, II, 65 sqq. - § 11, I., *de rerum divisione et acquirendo earum dominio*, 2, 1. « Quorundam rerum dominium nanciscimur *jure naturali*, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium, quarundam *jure civili*. » - Fr. 23, pr. D., *de rei vindicatione*, 6, 1. - Fr. 1, pr. D., *de acq. rerum dom.*, 41, 1.

[77] Un souvenir de cet état de choses, par rapport au droit d'usufruit, se trouve peut-être encore dans *Vatic. fragm.*, 47.

[78] *Voy.* cependant ci-après, § 194, note 42, et *Vatic. fragm.*, 47.

[79] Cic., *topica*, 5. - Gaius, II, 19-20. - Ulpian, XIX, 7. « Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi : harum rerum *dominia* ipsa traditione apprehendimus, scilicet, si ex justa causa traditæ sunt nobis. »

[80] La chose est incontestable, mais ne résulte pas positivement du texte que l'on cite ordinairement à cette occasion : Gaius, IV, 16. « Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent. » Car il n'est pas à méconnoître que l'ancienne *occupatio bellica* avait un caractère civil. *Voy.* ci-dessus, § 177, notes 3 sqq., et ci-après § 183, n° III, et § 184, n° 6.

[81] Fr. 11, § 7, D., *de Public. in rem act.*, 6, 2. « Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit. » Cf. Fr. 2, D., *de superficiebus*, 43, 18.

Aussi nos sources ne font-elles jamais mention de cette division quand elles traitent des différences entre la propriété quiritaire et celle *in bonis*[82], et cependant ce serait bien là l'endroit de le faire, si réellement les modes civils seuls avaient eu le privilége de conférer la propriété romaine. — Une troisième division des modes d'acquisition est celle en modes originaires et modes dérivés. Nous avons montré ci-dessus, § 95, que cette distinction, quoique n'étant pas consacrée par nos sources, est cependant fondée dans la nature des choses, et par conséquent d'une grande importance pratique. Aussi la prendrions-nous pour base de notre exposé, si la grande étendue de la matière et la marche positive du droit romain ne nous obligeaient de séparer les modes encore en vigueur dans le droit de Justinien d'avec les modes de l'ancien droit, abolis ou tombés en désuétude. Nous traiterons donc d'abord de ces derniers, et cet exposé servira d'introduction historique à l'examen plus approfondi que nous ferons des modes du droit nouveau.

Observation. Aucun auteur ancien ne nous a laissé une énumération complète des divers modes d'acquérir la propriété. Cicéron en mentionne quelques-uns dans plusieurs occasions[83]; Varron, dans un passage de son livre *de re rustica,* expose de combien de manières on peut acquérir la propriété romaine[84]. Ce passage a paru être en contradiction avec un texte d'Ulpien, dans lequel ce jurisconsulte semble vouloir énumérer les modes d'acquérir la propriété de choses déterminées[85]. Mais il est facile de concilier les deux auteurs, en tenant compte de l'époque où ils vivaient et du sujet qu'ils traitent[86]. Enfin Théophile cite cinq modes *juris civilis* et quatorze modes *juris naturalis*. Cependant cette énumération n'épuise pas encore toute la matière[87].

[82] Bien au contraire, Paul, dit au Fr. 22. D., *de rei vindic.*, 6, 1 : « In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit. »

[83] Cicéron, *Topica* 5; *de harusp. resp.*, 7.

[84] Varron, *de re rustica,* II, 10, 4, en parlant de l'achat d'un esclave. « In emtionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt : Si hereditatem justam adiit (venditor); si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit : aut si in jure cessit, cui (qui) potuit cedere, et id, ubi oportuit; aut si usucepit; aut si e præda sub corona emit; tumve, cum in bonis successioneve cujus publice venit. »

[85] Ulpien, XIX, 2. « Singularum rerum dominia nobis adquiruntur : mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege. »

[86] Varron ne parle point de l'acquisition *lege,* parce qu'il vivait avant la loi Julia et Papia Poppæa, ni de la *traditio,* parce qu'il traite du *dominium legitimum* d'une *res mancipi*. Par contre, Ulpien ne mentionne ni la *sub corona emtio,* parce que de son temps elle était tombée en désuétude, ni la *hereditas* et la *bonorum venditio,* parce que ce sont des modes d'acquérir *per universitatem*. Cf. aussi Gaius, II, 15 sqq. — *Voy.* M. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, t. I, p. 218 et suiv.

[87] Théophile, II, 2, pr. et II, 9, 6.

Modes d'acquérir de l'ancien droit, abolis ou tombés en désuétude.

§ 183.

Ces modes sont tous *juris civilis*.

I. Mancipatio, mancipium, emancipatio [88], le mode originaire et usuel de transférer la propriété civile [89]. Dans le principe, la mancipation était tout simplement l'échange d'une chose contre une somme d'argent, qui se faisait en présence du peuple. Celui qui voulait aliéner donnait la chose, l'acquéreur donnait le prix, que l'on pesait au moyen d'une balance [90]. Par la suite, quand on ne pesait plus l'argent, on n'en continuait pas moins d'employer la balance, et ce qui d'abord avait été réel finit par devenir symbolique. C'est ainsi que la mancipation est décrite par les jurisconsultes classiques [91]. Elle se faisait en présence de cinq témoins, qui représentaient probablement les cinq classes de Servius Tullius, *classici testes* [92], et d'un sixième qui tenait la balance, *libripens*. Le prix était représenté par un lingot d'airain, plus tard par une petite monnaie, que l'acquéreur mettait dans la balance en disant : HANC EGO REM EX JURE QUIRITIUM MEAM ESSE AIO, EAQUE MIHI EMTA EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA. » En même temps il touchait la chose qui devait se trouver sur les lieux quand elle était mobilière ; pour les immeubles, on admit la mancipation sans qu'il fût besoin de se rendre sur le fonds [93]. Parmi les personnes qui assistent à la mancipation, on nomme

[88] Le mot *mancipium* se trouve déjà dans les XII Tables : FESTUS, v. *Nuncupata*. Le mot *emancipatio* est peu usité dans ce sens. — Rappelons ici que les notions de *mancipium* et de *nexum* appartiennent au même ordre d'idées, et que la *mancipatio* est qualifiée de *nexu traditio*. *Voy.* ci-dessus, § 120, note 13.

[89] GAIUS, I, 119-122. — ULPIEN, XIX, 3-6.

[90] *Voy.* ci-dessus, § 120, notes 12 et suivantes.

[91] GAIUS, I, 119. « Est autem *mancipatio*, ut supra quoque diximus, imaginaria quædam venditio : quod et ipsum jus proprium civium romanorum est. Eaque res ita agitur : adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus romanis, puberibus, et præterea alio ejusdem conditionis, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens ; is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMTUS EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA ; deinde ære percutit libram, idque æs dat ei a quo mancipio accepit, quasi pretii loco. 122. Ideo autem æs et libra adhibitur, quia olim æreis tantum nummis utebantur, et erant dupondii, semisses et quadrantes, sicut ex lege XII tabularum intelligere possumus, eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat sed in pondere... »

[92] FESTUS, v. « *Classici* testes dicebantur qui signandis testamentis adhibebantur. » Anciennement les testaments se faisaient aussi *per mancipationem*.

[93] GAIUS, I, 121.

plus tard encore un *antestatus*, lequel était probablement le chef des cinq témoins [94].

La mancipation, qui ne s'appliquait qu'aux *res mancipi* [95], avait pour effet de transférer à l'acquéreur la propriété *ex jure Quiritium*. Il était libre aux parties d'ajouter à l'acte des conventions particulières, *lex mancipii*, auxquelles déjà la loi des Douze Tables accordait force obligatoire, et dont l'inexécution entraînait pendant longtemps la peine du double [96].

II. *In jure cessio* [97]. Comme la mancipation était le transfert de la propriété sous la garantie du peuple, la *in jure cessio* se faisait sous la garantie de l'autorité constituée. L'acquéreur et celui qui voulait céder se rendaient devant le préteur, *in jus*. Le premier soutenait que la chose qu'il voulait acquérir lui appartenait, en prononçant la formule de la revendication; le second ne contredisait pas, et le magistrat attribuait la propriété au revendiquant. La *in jure cessio* n'était donc autre chose que la fiction d'une action en revendication, et c'est par ce motif qu'elle est appelée *legis actio*. Elle paraît déjà avoir été en usage avant la loi des Douze Tables [98].

Tandis que la mancipation ne pouvait avoir lieu qu'à l'égard des *res mancipi*, la *in jure cessio* s'appliquait à toute espèce de choses, y compris les choses incorporelles, particulièrement les servitudes et même les droits de famille [99]. Ni l'une ni l'autre ne pouvaient se faire entre pérégrins, ni relativement aux choses en dehors du *jus Quiritium*. Quand il s'agissait de transférer une chose de ce genre, on était obligé de se servir du mode naturel de la tradition. Mais à l'égard des choses incorporelles

[94] Dans l'épitome de GAIUS du *breviarium Alaricianum*, I, 6, 3, l'*antestatus* est mentionné comme un sixième témoin; mais l'analogie avec la forme des testaments nous porte à croire que c'est un malentendu des compilateurs du bréviaire. Au reste, aucun auteur romain ne mentionne l'*antestatus* comme une personne distincte des autres témoins; les deux passages qu'on a l'habitude de citer dans cette question (PRISCIAN. VIII, 4. Et GRUTER, *Inscriptiones*, p. 1081, n° 1) ne prouvent rien en faveur de l'interprétation du bréviaire.

[95] Cela résulte de l'ensemble des textes et surtout de l'analogie des servitudes. *Voy.* GAIUS, II, 29, et ULPIEN, XIX, 3 7. 8. 9. 16. 17. Les faits mentionnés par TACITE, *Ann.*, I, 73, et PLINE, *H. N.*, IX, 35 ne sauraient être invoqués contre cette thèse. Dans le premier texte, la statue, qui à la vérité serait *res nec mancipi* si on la prenait isolément, ne figure que comme une partie intégrante du fonds qui est *res mancipi*. Quant au passage de Pline, il est certes permis de ne pas prendre à la lettre les mots *in mancipatum venit* qui s'y trouvent, et de les considérer comme une exagération ayant pour but de donner une plus grande énergie à l'idée que l'auteur exprime dans la phrase.

[96] CIC., *de off.*, III, 16. « Nam cum ex XII satis esset ea præstari, quæ essent lingua nuncupata; quæ qui inficiatus esset, dupli pœnam subiret. » - FESTUS, v. *Nuncupata.* « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto. » *Voy.* ci-dessus § 120, note 14, et ci-après, t. II, § 327.

[97] GAIUS, II, 24. *Voy.* § 19, note 21. - ULPIAN, XIX, 9, 10. « In jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit prætor. »

[98] *Vaticana fragmenta*, 50.

[99] ULPIEN, XIX, 11. « In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas, et tutela legitima libertæ. »

qui ne sont point susceptibles de tradition, on se contentait de la simple convention, comme par exemple pour les servitudes à établir sur des fonds provinciaux [100]. — Les différences qui existaient entre la *in jure cessio* et la *mancipatio* expliquent comment ces deux modes de transférer la propriété ont pu rester si longtemps en usage, l'un à côté de l'autre, comme modes réguliers de transférer la propriété romaine, surtout des *res mancipi*. Cependant ils perdirent tous deux beaucoup de leur importance pratique quand la propriété purement naturelle eut obtenu une protection efficace, même contre le *nudum jus Quiritium*. Lorsque le développement successif que nous avons exposé au § 178, C, fut parvenu à son dernier degré, on comprend aisément que ces modes civils, qui exigeaient des formalités assez compliquées, durent disparaître devant la tradition, mode beaucoup plus simple et aussi efficace. La *in jure cessio* était encore en usage du temps de Dioclétien [1], la *mancipatio* est encore citée dans une constitution de Constantin [2]. Mais dans le droit de Justinien la tradition remplace partout les deux modes civils, et les compilateurs du Digeste ont plus d'une fois changé le texte des jurisconsultes classiques, en substituant le mot *traditio* aux anciens termes [3].

III. *Sub corona emtio*. Les prisonniers de guerre étaient publiquement exposés en vente, ceints d'une couronne. Cette vente faite par l'État même donnait naturellement la propriété romaine [4].

IV. *Bonorum sectio* [5], vente de biens échus à l'État, soit par suite de la condamnation criminelle d'un citoyen, soit par suite de conquête, soit enfin par droit d'hérédité [6]. Cette vente comprenait ordinairement un ensemble de biens, mais elle pouvait également avoir lieu à l'égard de choses déterminées [7]. Elle portait aussi le nom de *subhastatio*, du javelot, symbole de la propriété romaine, qui était dressé à l'endroit où la vente se

[100] GAIUS, II, 31. « Sed hæc scilicet in Italicis prædiis ita sunt, quia et ipsa prædia mancipationem et in jure cessionem recipiunt; alioquin in provincialibus prædiis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi... cæteraque similis jure constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt. » 28. « Incorporales res traditionem non recipere manifestum est. »

[1] *Codex Hermogenianus*, VII, 1. - *Consult. veteris jcti*, 6.

[2] L. 4. 5, Th. C., *de donat.*, 8, 12.

[3] Cf. *Vat. fr.*, 80, et Fr. 3, § 1, D., *de usufr. accresc.*, 7, 2, etc.

[4] AULU-GELLE, *N. A.*, VII, XIII, 24, 4. *Voy.* aussi VARRON, *de re rustica*, II, 10, 4, cité ci-dessus à la note 84, et CIC., *de invent.*, I, 45. « ... Si dici possit ex hostibus equus esse captus, cujus prædæ sectio non venierit. »

[5] VARRON, *de re rustica*, II, 10, 4. - GAIUS, III, 80, 154. IV, 146. - FESTUS, v. *sectores*.

[6] CICÉRON, *pro Roscio Amerino*, 43; *pro Rabirio*, 4; *de invent.*, I, 45 (ci-dessus, note 4). - TITE-LIVE, XXXVIII, 58, 60. - JULES-CÉSAR, *de bello Gallico*, II, 33.

[7] Cependant dans ce cas on se sert de préférence du mot *auctio*. CIC., *pro Roscio Amerino*, 8 in f.; *pro Cæcina*, 5. 6.

faisait [8]. L'adjudication faite au dernier enchérisseur (de là *auctio*) donnait la propriété romaine. — Dans le droit de Justinien, nous trouvons encore les termes *subhastatio* et *auctio* pour désigner des ventes publiques de choses déterminées; mais l'ancienne *bonorum sectio* n'y est plus mentionnée [9].

V. *Lex.* Ulpien cite la loi comme un dernier mode d'acquérir [10]. Il entend probablement comprendre sous cette dénomination générale tous les cas dans lesquels la propriété passe de plein droit à quelqu'un en vertu d'une disposition légale. Tels étaient anciennement les *caduca* de la loi Julia et Papia Poppæa, ainsi que les *ereptoria* [11] et l'acquisition d'un esclave par droit d'accroissement [12], modes d'acquérir qui sont abolis dans le droit nouveau. Sous Justinien, nous pourrions ranger dans cette catégorie la transmission de propriété qui se fait en faveur des enfants par suite du divorce ou du convol en secondes noces de leurs parents, le legs d'une chose appartenant au testateur, l'acquisition de la propriété d'une chose qui nous est vendue par le fisc non propriétaire [13].

Modes d'acquérir du droit de Justinien.

§ 184. I. *De l'occupation.*

On entend par occupation la prise de possession d'une chose sans maître, faite dans l'intention d'en acquérir la propriété. Cette prise de possession a pour effet de donner la propriété à l'occupant. *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* [14]. Ce mode d'acquisition suppose donc toujours une *res nullius* dans le sens que nous avons indiqué ci-dessus § 112, note 19, savoir une chose qui, tout en étant dans le commerce, n'a point de maître, soit qu'elle n'en ait jamais eu, soit que l'ancien maître l'ait abandonnée. L'occupation peut s'appliquer:

1° Aux immeubles qui se forment par une force naturelle sans être l'accession d'une propriété déjà existante, par exemple les îles qui se forment dans la mer [15].

[8] Festus, v. *Hasta.* « ... Hastæ subjiciebantur ea quæ publice venumdabant. »

[9] Fr. 2, § 8, 9, D., *pro emtore*, 41, 4. - L. 16, C., *de resc. vend.*, 4, 44. - L. 4. 5, C., *de fide hastæ*, 10, 3.

[10] Ulpien, XIX, 2. 17.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 61, notes 31 sqq., et ci-après, t. III, §§ 479. 483. 518. 519. 522.

[12] § 4, I., *de donat.*, 2, 7. - Pr. I., *de succ. subl.*, 3, 12. - *Voy.* ci-après, t. III, § 417, vers la fin.

[13] *Voy.* ci-après, § 192, et t. III, §§ 389. 403. 506.

[14] Fr. 3, pr. D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

[15] § 22, I., *de rerum divisione et acquirendo earum dominio*, 2, 1. - Fr. 7. § 3. D., *de acquir.*

2° Aux choses mobilières qui ont le même caractère, par exemple les pierres, les perles et autres objets qui se trouvent au fond ou sur les bords de la mer [16].

3° Aux animaux sauvages qui n'ont pas de maître. On en devient propriétaire dès qu'on s'en est emparé, et il faut ici appliquer toutes les règles que nous avons données sur la prise de possession au § 170 [17]. Il importe peu que ce soit sur notre fonds ou sur le fonds d'autrui que la capture se soit faite [18]. L'animal pris nous appartiendra, même quand nous avons chassé sur le terrain d'un autre malgré sa défense expresse, sauf au maître du terrain de nous poursuivre du chef de la lésion que nous lui avons faite [19]. — Dans nos sources, on examine à l'égard de plusieurs animaux la question de savoir s'ils doivent être considérés comme sauvages ou comme domestiques [20]. Cette question est en effet d'une grande importance; car les animaux domestiques ne s'acquièrent point par la simple prise de possession : dans quelque endroit qu'ils se trouvent, ils continuent d'être la propriété de leur maître, qui peut les revendiquer contre quiconque les retient [21]. Les animaux apprivoisés sont assimilés aux animaux domestiques tant qu'ils ne reprennent pas leur liberté naturelle [22].

4° Aux choses abandonnées, *res derelictæ* [23]. Les choses perdues ou jetées à la mer pour le salut du navire ne sont point considérées comme abandonnées, et celui qui s'en empare sciemment, avec l'intention de les garder, commet un vol [24].

5° Celui qui trouve un trésor en acquiert la propriété par moitié à titre d'occupation. L'autre moitié est considérée comme accessoire du fonds où

rer. dom., 41, 1. — On pourrait encore comprendre dans cet ordre d'idées la propriété temporaire que nous acquérons par des constructions faites sur les bords de la mer. *Voy.* ci-dessus, § 102, note 13.

[16] § 18, I, *eodem*. - Fr. 5, § 2, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 2. 6, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 1, § 1. D., *de acq. possess.*, 41, 2.

[17] § 12-16, I., *eodem*. - Fr. 1. 5. 55, D., *de a. r d.*, 41, 1. - Fr. 3, § 14. 15, D., *de acquirenda possess.*, 41, 2.

[18] § 12, I., *eodem*. - Fr. 3, § 1. Fr. 5, § 3, D., *de a. r. d.*, 41, 1. *Voy.* surtout le Fr. 55, D., *eodem*. — Le Fr. 16, D., *de servitut. præd. rust.*, 8, 3 n'est point contraire.

[19] Il a de ce chef, selon les circonstances, un interdit possessoire (Fr. 1, D., *uti possidetis*, 43, 17; Fr. 11, D., *de vi et vi armata*, 43, 16) ou l'*actio injuriarum*. (Fr. 25, D., *de act. emti venditi*, 19, 1).

[20] § 12. 14-16, I., *eodem*.

[21] § 16, I., *eodem*. - Fr. 5, § 6, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - *Voy.* aussi Fr. 55, D., *eodem*.

[22] Gaius, II, 68. - § 15, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 3, § 3, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 3, § 15, D., *de acq. possess.*, 41, 2. - Fr. 37. D., *de furtis*, 47, 2.

[23] Fr. 13, D., *pro derelicto*, 41, 7. Ajoutez § 46. 47, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 58, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 17, § 1, D., *de acq. poss.*, 41, 2.

[24] § 48, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 9, § 8. Fr. 58, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 21, § 1, 2, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 2. § 8. Fr. 8, D., *ad legem Rhodiam de jactu*, 14, 2. - Fr. 43, § 4. 11, D., *de furtis*, 47. 2.

le trésor a été trouvé [25]. Si le fonds n'a pas de maître, par exemple s'il est *sacer* ou *religiosus*, le trésor appartient en entier à celui qui le trouve [26]. On entend par trésor toute chose de valeur cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier d'un droit de propriété. Pour que l'inventeur ait droit au trésor, il faut que la découverte ait été faite par le pur effet du hasard [27]. Si elle a eu lieu à la suite de fouilles faites à dessein, la chose trouvée appartient en entier au propriétaire du fonds [28].

6° Il nous reste à parler d'un cas particulier d'occupation qu'on désigne par le nom de * *occupatio bellica* * [29]. D'après les idées des Romains, les peuples étrangers étaient considérés comme étant sans capacité de droit. Des traités avec la république pouvaient leur rendre plus ou moins de capacité ; mais la guerre les en privait toujours. Il en résultait que tout ce qui était trouvé dans les mains d'un ennemi était considéré comme n'ayant pas de maître et était susceptible d'être acquis par occupation. Les immeubles étaient toujours occupés pour le compte de la république et faisaient partie du domaine public. Les choses mobilières appartenaient aussi en général à l'État ; mais elles pouvaient être acquises en propre par les soldats quand le général avait permis le pillage, ou quand la capture se faisait en dehors du service [30]. — Ces principes rigoureux étaient au reste appliqués avec une réciprocité parfaite : les Romains se considéraient eux-mêmes comme étant sans droits vis-à-vis de leurs ennemis. Le Romain fait prisonnier de guerre perdait la liberté civile, les biens pris par l'ennemi cessaient d'appartenir aux citoyens qui en avaient eu la propriété. Mais quel était le sort des prisonniers de guerre et des biens que l'armée romaine reprenait sur l'ennemi ? Si l'on raisonne rigoureusement, ces ob-

[25] Cette règle doit son origine à une constitution d'Adrien, § 39, I., *de rer. div.*, 2, 1. Avant Adrien, il paraît que le fisc s'attribuait les trésors. Suétone, *Néron*, 31. - Tacite, *Ann.*, XVI, 1. La loi d'Adrien fut modifiée par Antonin le Pieux et Vérus, *Divi fratres* (Fr. 3, § 10, D., *de jure fisci*, 49, 14), par Constantin (L. 1, Th. C., *de thesauris*, 10, 18), par Gratien, Valentinien et Théodose (L. 2, Th. C., *eod.*). Enfin l'empereur Léon rétablit la loi d'Adrien avec la modification, que celui qui aurait employé des sortiléges serait déchu de tout droit au trésor. L. un. J. C., *de thesauris*, 10, 15. — *Voy.* sur ces changements législatifs Schrader, ad § 39, I. *de rer. div.*, 2, 1.

[26] § 39, I., *cité*. — La constitution des *Divi fratres*, d'après laquelle, dans ce cas, la moitié appartiendrait au fisc, fut abolie par la loi de Léon.

[27] Fr. 31, § 1, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

[28] L. un. C., *de thesauris*, 10, 15.

[29] *Voy.* en général sur cette matière, ci-dessus § 50, notes 52-58. Aux passages cités dans ce § on peut ajouter Gaius, IV, 16. - Fr. 5, § 7. Fr. 51, § 1, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 1, § 1, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 12, pr. D., *de captivis*, 49, 15.

[30] Sauf la capture faite en dehors du service, qui certes ne donnait pas originairement le *dominium ex jure Quiritium* (cf. Cic., *de inventione*, I, 54, ci-dessus, § 183, note 4), l'*occupatio bellica* avait donc également dans l'ancien droit un caractère civil et ne constituait pas un *modus naturalis acquirendi*. C'est à cette idée qu'il faut rapporter le célèbre passage de Gaius, IV, 16. « Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii : maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent. »

jets ayant appartenu à l'ennemi auraient dû être soumis à l'occupation, le citoyen délivré et les biens repris seraient devenus la propriété soit de l'État, soit du soldat occupant. Cependant il eût été contraire à toute idée de justice, et même à l'intérêt bien entendu de l'État, de réduire en esclavage le citoyen qui était devenu victime de son dévouement pour la patrie. On considérait donc le prisonnier qui parvenait à s'échapper des mains de l'ennemi comme n'ayant jamais été esclave : il recouvrait tous les droits qu'il avait eus avant la captivité [31]. Cette fiction qu'on appelle *jus postliminii* [32], d'abord introduite en faveur de la liberté personnelle, fut par la suite étendue à la propriété des immeubles et de certaines choses mobilières [33]. Si l'armée reprenait les immeubles, ou si ces choses mobilières revenaient d'une manière quelconque au pouvoir des Romains ou d'une puissance alliée, la propriété en retournait de plein droit à celui qui l'avait eue au moment où l'ennemi s'en était emparé [34].

§ 185. II. *De la spécification.*

Par ce terme moderne on désigne l'opération au moyen de laquelle nous confectionnons avec la matière d'autrui un objet nouveau dans l'intention de l'avoir pour nous [35]. Les Romains disent *ex aliena materia speciem aliquam facere* [36].

[31] Fr. 5, § 2, D., *de captivis et de postliminio*, 49, 15.

[32] Gaius, 1, 129. - § 5, I., *quib. mod. jus potestatis solvitur*, 1, 12. - Fr. 5, § 1. 2. Fr. 19, pr. D., *de captivis et de postliminio*, 49, 15. — D'après Cicéron, *Topica*, 8, il y avait controverse sur l'étymologie du mot *postliminium*. Q. Mucius Scævola le croyait composé de *post* et *limen*; Servius la faisait dériver de *post*, en considérant les syllabes *liminium* comme une simple terminaison. *Voy.* aussi Festus, v. *Postliminium*, et § 5, I., *cité*.

[33] Cicéron, *Top.*, 8. « Postliminio redeunt hæc : homo, navis, mulus clitellarius, equus, equa, quæ frena recipere solent. » - L. 19, C., *de postliminio reversis*, 8, 51. — Les armes étaient exceptées du postliminium, parce qu'on considérait comme honteux de les perdre. Fr. 2, § 2, D., *eodem*, 49, 15.

[34] Fr. 19, pr. D., *de captivis*, 49, 15. « Postliminium est jus amissæ rei recipiendæ ab extraneo, et in statum pristinum restituendæ, inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum. Nam, quod bello amisimus, aut etiam citra bellum, hoc, si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. Idque naturali æquitate introductum est, ut, qui per injuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos rediisset, pristinum jus suum reciperet. » - Fr. 14, pr. D., *eodem*. « Cum duæ species postliminii sunt, ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus... » — *Voy.* en général sur cette matière Tit. D., *de captivis et postliminio reversis*, 49, 15. - Tit. C., *de postliminio reversis et redemtis ab hostibus*, 8, 51 et ci-après, t. III, § 401, n° 1, et § 416, n° 1.

[35] L'intention de faire l'opération *pour nous, nostro nomine*, est de rigueur; car si nous la faisons au nom d'un autre, c'est à lui que la propriété est acquise. Fr. 25. 27, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[36] Fr. 7, § 7, D., *eodem*. « Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit... » Dans le Fr. 12, § 1, D., *eodem*, la locution *speciem aliquam facere* est cependant employée dans un sens quelque peu différent et plus vague.

A qui le nouvel objet, la nouvelle espèce appartiendra-t-elle, au maître de la matière ou au spécificateur? Il y avait à cet égard controverse entre les deux écoles. Les Sabiniens la conservaient au premier, parce que d'après eux l'objet nouveau n'était qu'une modification de la matière. Les Proculéiens, au contraire, l'attribuaient au spécificateur, parce que, disaient-ils, c'est son travail qui a produit l'objet nouveau [37]. Justinien décida la controverse en adoptant une opinion mitoyenne. D'après lui, la spécification est, dans le droit nouveau, régi par les principes suivants :

Si l'objet nouveau peut reprendre sa première forme, il appartiendra au maître de la matière; dans le cas contraire, au spécificateur. Ce dernier en deviendra toujours propriétaire, s'il a employé en partie de la matière qui lui appartenait [38].

La raison juridique de l'acquisition par spécification, c'est que l'on considère la chose transformée comme ayant péri, et par conséquent le droit de propriété qu'on avait sur elle comme éteint. Le spécificateur fait donc, pour ainsi dire, un acte d'occupation [39].

Au reste, quelque précise que soit la règle de Justinien, elle peut présenter des difficultés dans l'application, par la raison que, dans un cas donné, il peut y avoir doute sur la question de savoir si la modification qu'on a fait subir à une chose doit être considérée comme spécification; en d'autres termes, si le produit de la modification est une espèce nouvelle [40]. Plusieurs cas douteux sont décidés dans les Institutes et dans le Digeste [41].

[37] Gaius, II, 79. « ... Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant; id est, ut, cujus materia sit, illius et res quæ facta sit, videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio ; alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversæ scholæ auctoribus visum est. » - § 25, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 7, § 7, D., *de a. r. d.*, 41. 1. — C'est evidemment par une négligence des rédacteurs du Digeste que le Fr. 61, D., *de rei vind.*, 6, 1 reproduit encore l'opinion des Sabiniens, formellement rejetée par Justinien et par le Fr. 26, pr. D., *de a. r. d.*, 41, 1, ci-après note 39. Il en est de même de la considération qui termine le Fr. 12, § 3, D., *ad exhibendum*, 10, 4.

[38] § 25, I., *de rer. div.*, 2, 1, et Théophile, *ad h. l. Voy.* aussi Fr. 24, D., *de a. r. d.*, 41, 1, où il faut nécessairement supprimer la négation *non* reverti.

[39] Fr. 26, pr. D., *eodem*. « Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupressum aut lanam corpus fieri. - Fr. 9, § 3, D., *ad exhib.*, 10, 4. « Nam mutata forma prope interimit substantiam rei ».

[40] Par exemple, la peinture d'un tableau est considérée comme spécification, mais l'opération d'appliquer des couleurs sur une surface ne l'est point. § 34, I., *de rer. div.*, 2, 1. — Fr. 9, § 2. Fr. 26, § 3, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[41] D'après le § 25, I., *de rer. div.*, 2, 1 (Gaius, II, 79) l'opération de battre le grain constituerait une spécification : « e spicis frumentum facere; » mais Gaius dit expressément le contraire : « qui excussat spicas, non novam speciem facit, sed eam quæ est detegit. » Fr. 7. § 7, D., *de a. r. d.*, 41, 1. Tout fait supposer que la mauvaise rédaction des Institutes est due à la légèreté des compilateurs. En effet, ce § est littéralement copié du Fr. cité du Dig., mais l'on a probablement oublié de copier la fin, dans laquelle Gaius rectifie ce que le commencement contient d'inexact.

Observation. Dans la spécification, il y a toujours quelqu'un qui perd : soit le propriétaire de la matière qui perd la chose, soit le spécificateur qui perd sa peine et sa main-d'œuvre. Comme personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, cette perte entraînera une obligation à la charge de celui qui gagne. C'est dans le livre des Obligations que nous devrions traiter des prétentions qui, de ce chef, appartiennent à l'une ou à l'autre des deux parties. Il n'est cependant pas hors de propos d'indiquer ici les moyens que la loi donne afin d'obtenir les dommages et intérêts qui peuvent être dus : 1° Si c'est le propriétaire qui acquiert l'espèce nouvelle et gagne ainsi la main-d'œuvre, il est tenu d'indemniser le spécificateur, pourvu que celui-ci ait agi de bonne foi, c'est-à-dire, ignorant que la chose appartenait à autrui. Toutefois le spécificateur n'a point d'action pour obtenir le payement des dommages et intérêts, par la raison que ce n'est point le fait du propriétaire qui lui a causé le dommage ; la loi ne lui donne qu'un *jus retentionis* jusqu'à concurrence de ce que la chose a gagné de valeur, droit qu'il peut faire valoir au moyen d'une *exceptio doli* contre la revendication du propriétaire. Si le spécificateur a agi de mauvaise foi, il n'a droit à rien [42]. 2° Si c'est le spécificateur qui acquiert l'espèce nouvelle et gagne ainsi la matière, il faut également distinguer s'il a été de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas, il est responsable pour autant qu'il se trouve enrichi par suite de son acquisition, et le propriétaire a de ce chef une *in factum actio* [43]. Dans le second, il est tenu de tout dommage sans restriction, et le propriétaire a contre lui l'*actio ad exhibendum*. Le spécificateur peut même être poursuivi comme voleur, au cas que son action coupable réunisse les caractères du vol [44].

§ 186. III. *De l'accession.* A) *Observations générales.* — *Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.*

Les modernes appellent droit d'accession le principe en vertu duquel tout ce qui vient de notre chose ou s'y unit de manière à ne faire qu'un avec elle nous appartient, par cela seul que nous sommes propriétaire de la chose principale, sans qu'il faille distinguer si c'est par nous ou par un fait auquel nous sommes étranger que l'accession a été opérée. *Accessio*

[42] § 34, I., *de rer. div.*, 2, 1. - *Voy.* aussi ci-après, § 189.

[43] Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 31, § 3, D., *de her. pet.*, 5, 3. - Fr. 3. 14, D., *de condict. indebiti*, 12. 6.

[44] Fr. 4, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 9, § 3. Fr. 12, § 3, D., *ad exhib.*, 10, 4. — Gaius II, 79 - § 26, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 13, D., *de condict. furtiva*, 13, 1. - Fr. 4, § 20, D., *de usurpat.*, 41. 3. - Fr. 52, § 14, D., *de furtis*, 47, 2. - *Voy.* sur les actions de vol et *ad exhibendum*, ci-après, t. II, §§ 351. 362.

cedit principali [45]. Dans cette matière, nous aurons d'abord à nous occuper de ce qui est produit par la chose, ensuite de ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose principale de manière à ne faire qu'un avec elle. Dans cette dernière catégorie, nous aurons à distinguer l'accession d'immeuble à immeuble, l'accession de choses mobilières à un immeuble, et enfin l'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière [46].

Ce qui est produit par une chose n'est que l'accession de la chose. Ainsi tous les fruits naturels, tant du règne animal que du règne végétal, appartiennent de plein droit au propriétaire de la chose qui les a produits. Il n'importe que ce soit par son fait ou par toute autre cause que les fruits aient été produits [47]. Toutefois dans ce dernier cas, le tiers aura droit à être indemnisé s'il a agi de bonne foi [48]. — Ce que l'esclave produit appartient également au maître en vertu du droit d'accession. C'est sur le même principe qu'est fondée la règle du droit romain, que tout ce que les membres d'une famille acquièrent appartient au chef de cette famille [49].

§ 187. B) *Accession d'immeuble à immeuble.*

1. *Alluvio.* Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains, de même que les relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement d'un fleuve ou d'une rivière, appartiennent aux propriétaires de ces fonds [50].

2. *Insula in flumine nata.* Si une île se forme au milieu d'un fleuve, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés en proportion de l'étendue de leurs terrains à partir d'une ligne imaginaire qui sépare le fleuve en deux parties égales. Si l'île est entièrement d'un côté de cette ligne, elle appartient exclusivement aux riverains du côté où elle se trouve [51]. — Si le fleuve, en se divisant dans un endroit en deux branches

[45] Cet adage se trouve au Fr. 19, § 13, D., *de aur. arg. leg.*, 34, 2. — Les auteurs modernes disent ordinairement : *Accessorium sequitur suum principale.*

[46] Nous ne parlons pas de l'accession d'un immeuble à une chose mobilière, parce que l'immeuble est toujours le *principale.*

[47] § 19. 32. 37, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 5, § 2. Fr. 44, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 25. 28, § 1, D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 26, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - L. 7, C., *de rei vind.*, 3, 32. - L. 2, C., *de quadriennii præscript.*, 7, 37.

[48] Il ne peut faire valoir ce droit que pour autant qu'il possède la chose, en opposant à la revendication le *jus retentionis* au moyen de l'*exceptio doli*. Gaius, II, 75. 76. - § 32, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 9, pr. D., *de a. r. d.*, 41, 1. *Voy.* ci-après, § 206.

[49] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 406. 407. 411. 415.

[50] Gaius, II, 70. 72. - § 20, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 7, § 1 sqq. Fr. 12, pr. Fr. 16. 30, pr. § 1. 2. 3. Fr. 38. 56, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Tit. C., *de alluvionibus*, 7, 41.

[51] Gaius, II, 72. - § 22, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 7, § 3. Fr. 29. 56, § 1. Fr. 65, pr. § 1-4, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 1, § 6. 10, D., *de flumin.*, 43, 12. — Les îles flottantes sont con-

et en se réunissant plus bas, réduit en forme d'île le champ d'un particulier, ce champ continue d'appartenir à son ancien maître [52].

3. *Alveus fluminis derelictus*. Si un fleuve abandonne en entier son lit ordinaire, le lit abandonné appartient aux propriétaires riverains d'après les mêmes règles que l'île qui se forme dans un fleuve. Le nouveau lit devient *res publica* [53]. On suit la même règle si le fleuve abandonne son nouveau lit, quand même ce serait pour reprendre l'ancien [54].

Les trois modes d'acquisition que nous venons d'exposer se rapportent aux *agri arcifinii* dont les limites ne sont pas tracées par un mesurage authentique, mais données par la conformation physique du sol. Ils ne souffrent point application aux *agri limitati*, dont les limites sont fixées par les arpenteurs publics. Le terrain qui peut s'y joindre est considéré comme *res nullius* et appartient par conséquent au premier occupant. Cette distinction, qui résulte de la nature même de ces deux espèces de propriété immobilière, a été confirmée par une constitution d'Antonin le Pieux [55]. Au reste on comprend aisément que de fait le propriétaire d'un *ager limitatus* acquérait presque toujours l'alluvion, parce qu'il lui était plus facile qu'à tout autre de faire acte d'occupation.

Observation. A ces trois modes d'accession d'immeuble, les commentateurs en ajoutent ordinairement un quatrième qu'ils désignent par le nom d'*avulsio*. D'après eux, lorsqu'un fleuve enlève par une force subite une partie d'un champ riverain, et la porte vers un autre champ, le propriétaire de ce dernier acquiert la propriété de la partie enlevée dès le moment qu'elle s'est jointe à son champ de manière à ne former qu'un avec lui, par exemple lorsque les arbres ont poussé des racines sur son fonds. Cette opinion est fondée sur un passage de Gaïus, qui se trouve au Fr. 7, § 2, D., *de acquirendo rerum dominio* [56]. Mais il est plus que probable que la leçon

sidérées comme faisant partie du fleuve, c'est-à-dire comme *res publicæ*. Fr. 65, § 2. 4, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[52] § 23, I., *de rer. div.* - Fr. 7, § 4, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr 1, § 10, D., *de flumin.*, 43, 12.

[53] § 23, I., *de rer. div.* - Fr. 7, § 3. Fr. 26, § 1. Fr. 30, § 1. 2. Fr. 38, 56, § 1, *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 1, § 7, de *flumin.*, 43, 12.

[54] Il serait sans doute plus équitable de rendre le lit abandonné aux anciens propriétaires, comme le dit déjà Gaius, en parlant de la disposition rigoureuse du droit romain : « vix est, ut id obtineat. » Fr. 7, § 5, D., *cité*. — *Voy.* cependant Fr. 30, § 3, D., *de a. r. d.*, 41, 1 et Fr. 23, D., *quibus modis ususfructus amittatur*, 7. 4.

[55] Fr. 16, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 1, § 6. 7, D., *de flumin.*, 43, 12. - *Voy.* en général ci-dessus, § 11, note 22, et § 34, notes 70 et suiv. Ajoutez Isidora, *Orig.*, XV, 13. « Arcifinius ager dictus est quia certis linearum mensuris non continetur, sed arcentur fines ejus objectu fluminum, montium, arborum, etc. » — Siculus Flaccus, *de conditione agrorum*, éd. Goes., page 3. - Frontinus, *de agrorum qualitate*, éd. Goes., page 38. - Aggenus, éd. Goes., page 45.

[56] (Gaius). Fr. 7, § 2, D., *de a. r. d.*, 41, 1. « Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, et meo prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo hæserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radi-

de ce fragment, qui a fait naître la théorie des commentateurs, est erronée. Si on lit avec le manuscrit de Florence *acquisita esse videtur*, certes cette théorie est incontestable, et il faut convenir que la rédaction du passage est telle qu'on s'attend à une décision dans ce sens. Mais il est à remarquer qu'au § 21, I., *de rerum divisione*, 2, 1, qui est la reproduction littérale du fragment cité du Digeste, nous lisons *acquisitæ esse videntur* [57], c'est-à dire que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée s'est jointe n'acquiert point cette partie même, mais seulement les arbres qui ont pris racine dans son champ, décision qui est entièrement conforme aux principes généraux [58]. La même chose est enseignée par Théophile, et Gaïus dans ses commentaires se borne à dire que la partie enlevée continue d'appartenir à l'ancien propriétaire [59]. Ce qui fait cesser le doute, c'est que les *scriptores rei agrariæ* disent de la manière la plus précise que nous ne perdons point la propriété d'une partie reconnaissable de terre qui a été enlevée de notre champ par la force subite d'un fleuve [60].

§ 188. C) *Accession de choses mobilières à un immeuble.*

Dans le cas d'accession de choses mobilières à un immeuble, il est évident que l'immeuble doit être considéré comme la chose principale, et que par conséquent la chose mobilière doit suivre l'immeuble. — Nous avons à distinguer les cas suivants :

1. Le trésor est considéré pour moitié comme accessoire du fonds où il se trouve ; il appartient donc pour moitié au propriétaire de ce fonds [61].

2. Quelqu'un a planté des arbres, vignes, etc., sur mon terrain ; ces plaintes m'appartiendront dès qu'elles auront la qualité d'accessoire, c'est-à-dire dès qu'elles auront pris racine dans mon terrain. C'est par le même

ces egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse. » La Vulgate lit vers la fin du passage *videntur meo fundo acquisitæ esse.*

[57] Le passage des Institutes est presque littéralement calqué sur le passage précédent du Digeste ; seulement la fin est conforme à la leçon de la Vulgate.

[58] *Voy.* ci-après § 188, n° 2, et une décision analogue à notre espèce dans le Fr. 9, § 1, D., *de damno infecto*, 39, 2.

[59] Gaius, II, 71, dit tout simplement : « Quod si flumen partem aliquam ex tuo prædio detraxerit et ad meum prædium attulerit, hæc pars tua manet. »

[60] Aggenus, éd. Goes., page 56 (éd. Giraud, p. 54). « Circa Padum autem cum ageretur (quod flumen torrens et aliquando tam violentum decurrit ut alvum mutet, et multorum late agros trans ripam, ut ita dicam, transferat, sæpe etiam insulas efficiat), Cassius Longinus, vir prudentissimus, juris auctor, hoc statuit, ut quidquid aqua lambendo abstulerit, id possessor amittat, quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet : Si vero majore vi decurrens alveum mutasset, *suum quisque modum agnosceret*, quia non possessoris negligentia, sed tempestatis violentia abreptum apparet. » *Voy.* aussi le Même, éd. Goes., p. 69, et Frontinus, *de limit. agror.*, éd. Goes., p. 42.

[61] *Voy.* ci-dessus, § 184, n° 5.

motif qu'un arbre placé près des limites devient commun quand une partie notable de ses racines se nourrit dans le fonds du voisin [62].

3. Quelqu'un bâtit sur son terrain avec les matériaux d'autrui. Il est propriétaire du bâtiment et par conséquent aussi des matériaux, parce qu'ils ont perdu leur existence propre et qu'ils ont péri en quelque sorte dans le bâtiment [63]. — Il en résulte que celui à qui les matériaux appartenaient ne peut point les revendiquer [64]. On lui refuse même l'*actio ad exhibendum*, action par laquelle on peut ordinairement poursuivre la séparation de sa chose, quand elle se trouve jointe à une autre, et qui appartient à la catégorie des *actiones in rem scriptæ* [65]. Cependant le droit romain lui accorde une action personnelle, *actio de tigno juncto*, par laquelle il poursuit la double valeur des matériaux contre le constructeur, sans distinguer si celui-ci a agi de bonne ou de mauvaise foi. Le motif de cette anomalie, qui se trouve consacrée par la loi des Douze Tables, est d'intérêt public : on ne voulait pas que quelqu'un pût être forcé de démolir un édifice [66]. — Si l'édifice se trouve démoli par la suite, la nécessité physique qui avait eu pour effet de dépouiller le maître originaire de sa propriété n'existe plus : son droit renaît, et il peut dès lors revendiquer ses matériaux, pourvu qu'il n'ait pas déjà obtenu satisfaction par l'*actio de tigno juncto* [67].

4. Quelqu'un bâtit avec ses matériaux sur le terrain d'un autre. Le propriétaire du terrain sera également propriétaire des constructions [68]; toutefois celui qui a fait les constructions pourra revendiquer les matériaux, si

[62] Gaius, II, 74. 76. - §§ 31. 32, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 5, § 3. Fr. 53, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 19, D., *communi dividundo*, 10, 3. - Fr. 83, D., *pro socio*, 17, 2. - Fr. 7, § 13. Fr. 8. 9 pr. Fr. 26, § 2, D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 22 pr. D., *quod vi aut clam*, 43, 24. - Fr. 6, § 2, D., *arborum furtim cæsarum*, 47, 7. - L. 11, C., *de rei vind.*, 3, 32. Un cas bizarre est décidé dans le § 31, I., *cité*. « Si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egeret, Titii effici arborem dicimus; rationem enim non permittere, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egisset... » — Celui qui de bonne foi a planté ou ensemencé, peut-il de ce chef réclamer une indemnité? *Voy.* Fr. 38, D., *de rei vind.*, 6, 1. Cf. ci-après, notes 70. 71, 77 sqq. et § 206, vers la fin.

[63] Gaius, II, 73. - § 29, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 7, § 10-12. Fr. 28, 60, D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. - L. 2, 16. C., *de rei vind.*, 3, 32.

[64] *Voy.* ci-dessus, § 147, note 44, et § 180, note 48.

[65] Fr. 6, D., *ad exhibendum*, 10, 4. - Fr. 98 in f., *de solutionibus*, 46, 3. - Fr. 1, pr. D., *de tigno juncto*, 47, 3. Cependant si le constructeur a agi de mauvaise foi, il peut être poursuivi *ad exhibendum* à l'effet de réparer le dommage causé. Fr. 23, § 6, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 1, § 2, D., *de tigno juncto*, 47, 3. — Sur l'*actio ad exhibendum*, ci-après, t. II, § 362.

[66] § 29, I., *cité*, - Fr. 49, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Tit. D., *de tigno juncto*, 47, 3. — *Voy.* aussi Festus, v. « Tignum junctum, ædibus vineæque et concapet ne solvito. » - Fr. 1, D., *de tigno juncto*, 47, 3.

[67] § 29, I., *cité*. - Fr. 23, § 6, Fr. 59. D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 63. D., *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1. - Fr. 7, § 10. 11, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Le Fr. 2, D., *de tigno juncto*, 47, 3, n'est pas contraire, si l'on entend les mots « si tigni furtivi actum sit, » de l'action de vol.

[68] Gaius, II, 73. - § 30, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 7, § 12, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

le bâtiment vient à être démoli [69]. Ce dernier, s'il a agi de bonne foi, aura aussi droit à être indemnisé du dommage que la perte de sa propriété lui fait éprouver. Pour faire valoir ce droit, il n'a cependant d'autre moyen que le *jus retentionis* qu'il opposera, sous la forme d'une *exceptio doli*, à la revendication du propriétaire du fonds. Il va sans dire que cette exception ne peut être employée que pour autant que le constructeur se trouve encore en possession du fonds. S'il n'en a plus la possession, le droit romain ne lui accorde aucun moyen pour obtenir réparation du tort qu'il s'est fait à lui-même [70]. Le constructeur de mauvaise foi n'a aucun droit à des dommages et intérêts; tout au plus peut-il demander à être remboursé des constructions qui constituent des impenses nécessaires [71].

Les trois derniers cas dont nous avons parlé dans ce paragraphe sont compris dans la règle des commentateurs : * *Solo cedit, quod solo inædificatur, vel implantatur* *.

§ 189. D) *Accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière.*

L'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière, qui se fait sans le consentement des propriétaires respectifs, n'opère un changement de propriété qu'autant que les choses ne peuvent être séparées sans dommage. Car si la séparation est possible, les choses, quoique jointes, continuent d'appartenir à leurs anciens maîtres, et chacun d'eux peut, au moyen de l'*actio ad exhibendum*, demander qu'elles soient séparées afin qu'il puisse reprendre la sienne [72].

Si, au contraire, les choses sont unies de manière à ne faire qu'un tout et à ne pouvoir être séparées, il faut appliquer le principe de l'accession, et attribuer la propriété du tout au maître de la chose principale. La question importante à décider est donc celle de savoir laquelle des deux choses unies est la chose principale. D'abord il va sans dire qu'on doit considérer comme accessoire celle qui ne peut exister sans l'autre [73]. Abstraction faite

[69] L. 2, C., *de rei vindicatione*, 3, 32. — Cependant le § 30, I., *de rer. div.*, 2, 1, refuse ce droit à celui qui a bâti de mauvaise foi, *quia voluntate ejus alienata videtur materia*, et ce motif se trouve également au Fr. 7, § 12. D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[70] Fr. 23, § 4. D., *de rei vind.*, 6, 1, - Fr. 33, D., *de condict indeb.*, 12, 6, - F. 14, D., *de doli mali except.*, 44, 4. - L. 16, C., *de rei vind.*, 3, 32.

[71] § 29, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 7, § 10, 11, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 38, D., *de hered. pet.*, 5, 3. - Fr. 37. 59, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 7. § 2, D., *de exc. rei judic.*, 44. 2. - *Cod. Greg.*, III, 2, 2. - L. 5. 16, C., *de rei vind.*, 3, 32.

[72] *Voy.* ci-après, l. II, § 362, et Fr. 6. 7. § 2, D., *ad exhib.*, 10, 4. - Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1. Cf. Fr. 23, § 2, D., *eodem*; Fr. 26, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1, et § 26, I., *de rerum divisione*, 2, 1.

[73] *Voy.* ci-dessus, § 118, notes 47 et 48.

de ce principe résultant de la nature des choses, nos lois ne donnent pas de règle générale; mais, en analysant et en comparant les divers cas qui se trouvent décidés dans le Digeste et dans les Institutes [74], on arrive à la conclusion que l'on doit prendre pour chose principale celle qui, sous le rapport de la forme, a le plus d'analogie avec la chose en question [75]. Dans quelques cas, il a paru difficile de décider s'il y avait *accessio* ou *specificatio*, en d'autres termes, ce qui de la matière ou de la main-d'œuvre était le principal. Justinien a statué, pour la peinture considérée comme art, que la main-d'œuvre l'emporte sur la matière, tandis que la simple opération d'appliquer des couleurs sur une surface ne constitue qu'une accession en faveur du propriétaire de la surface [76].

Quant à la question des dommages et intérêts dus à celui qui éprouve une perte par cette accession, les règles sont les mêmes que celles que nous avons données en traitant de la spécification et de la construction sur le terrain d'autrui : 1) Si l'accession a été opérée par celui qui gagne, il doit indemniser le propriétaire de la chose accessoire. Quand il a agi de bonne foi, il n'est tenu que pour autant qu'il se trouve enrichi par son opération, et de ce chef il peut être poursuivi par une *in factum actio* [77], mais quand il a agi de mauvaise foi, il est tenu de tout dommage et peut même être poursuivi comme voleur s'il y a lieu [78]. 2) Si l'accession a été opérée par celui qui perd, il peut faire valoir ses droits aux dommages et intérêts en usant du *jus retentionis* au moyen de l'*exceptio doli*, pourvu qu'il ait agi de bonne foi et qu'il se trouve en possession de la chose. S'il a agi de mauvaise foi, il n'a droit à rien, à moins que son travail ne puisse être considéré comme impenses nécessaires; le cas échéant, il peut même être passible des peines du vol. S'il a agi de bonne foi, mais qu'il ne se trouve plus

[74] Telles sont les opérations de tisser ou de broder avec la matière d'autrui; de souder des pièces de métal appartenant à des propriétaires différents, de manière à n'en faire qu'une seule pièce (*ferruminatio*); d'écrire sur le papier d'autrui, etc. Gaius, II, 77. - §§ 26. 33. 34 I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 9, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 3 § 14, D., *ad exhib.*, 10, 4.

[75] F. 23, § 3. Fr. 26. 27, D., *de a. r. d.*, 41, 1. En général, le prix ou l'étendue de la chose n'entrent point en compte, « licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimenta » § 26, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 34, pr. D., *de contr. emt.*, 18, 1. « Nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit, quam in ipsa re cui accedat, an minus. » - Fr. 19, § 13. 20, D., *de auro, argento leg.*, 34. « Si, ut habiliter gemmæ geri possint, inclusæ auro fuerint, » tum aurum gemmis dicimus cedere. » - Fr. 20, D., *eodem*.

[76] Cette question était controversée dans l'ancien droit : elle a été décidée par Justinien en faveur du peintre, à la différence de ce qui a été statué à l'égard de celui qui écrit sur la matière d'autrui. « Cujus diversitatis vix idonea ratio redditur. » Gaius, II, 78. - § 33. 34, I., *de rer. div.*, 2, 1. Fr. 23, § 3, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 9, § 1. 2, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[77] Fr. 5, § 3. Fr. 23, § 4. 5, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 3, § 14, D., *ad exhib.*, 10, 4. Il y a des règles particulières pour la peinture. Gaius, II, 78; Fr. 9, § 2, D., *de a. r. d.*, 41, 1. § 34, I., *de rer. div.*, 2, 1, et Théophile, *ad h. l. Voy.* aussi Schrader, *ad h. l.*

[78] § 26. 34, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 52, § 14, D., *de furtis*, 47, 2.

en possession de la chose, la loi ne lui donne aucun moyen de réparer la perte dont il a été lui-même la cause [79].

Observation. Les commentateurs ont l'habitude de comprendre sous le nom d'*adjunctio* * les cas d'accession de choses mobilières dont nous avons parlé dans ce paragraphe, ainsi que ceux des numéros 2, 3, 4 du paragraphe précédent. Pour désigner les diverses opérations qui rentrent dans cette catégorie, nous trouvons aussi dans nos sources plusieurs termes auxquels les auteurs modernes en ont ajouté d'autres, par exemple, *ferruminatio, pictura,* * *scriptura, textura, inœdificatio* *.

§ 190. IV. *De la* commixtio *et de la* confusio.

On cite souvent comme des exemples d'accession les cas où deux choses différentes, solides ou liquides, sont mélangées ensemble de manière à former un tout homogène quant à la substance, cas que les auteurs modernes désignent par les termes de *commixtio** et *confusio** [80]. Mais de pareils mélanges ne peuvent en aucune manière être considérés comme des espèces d'accession, puisque aucun des corps mélangés ne peut être qualifié de principal ou d'accessoire. Aussi les principes sont-ils tout autres dans cette matière. D'abord il va sans dire que dans les cas où le mélange se fait d'un commun accord par les propriétaires des choses mélangées, c'est de la volonté commune des parties que dépend la question de savoir à qui le mélange appartient [81]. Lorsque le mélange s'est fait sans le consentement de tous les propriétaires, soit par un seul d'entre eux, soit par l'effet du hasard, il faut distinguer : si les divers corps peuvent être séparés, et que les propriétaires puissent reconnaître ceux qui leur appartiennent, il ne s'opère aucun changement de propriété ; chacun reste propriétaire de sa matière. Mais si la séparation est physiquement impossible, le mélange devient commun entre les propriétaires des divers corps, et la part indivise de chacun sera déterminée eu égard à la quantité et à la qualité des choses mélangées [82]. — Dans tous les cas, celui qui a opéré le mélange dans une intention malveillante peut de ce chef être poursuivi en réparation du dommage par une *in factum actio*, et même, le cas échéant, par les actions résultant du vol [83]. — Telles sont les règles qui découlent de la nature

[79] *Voy.* ci-dessus la note 70.

[80] Les commentateurs entendent par *commixtio* * le mélange de corps solides, et par *confusio* le mélange de corps liquides ; les Romains se servent indistinctement des mots *commiscere* et *confundere*. *Voy.* les passages cités dans les notes suivantes.

[81] § 27. 28, I., *de rerum divisione*, 2, 1. - Fr. 5, pr. D., *de rei vindicatione*, 6, 1.

[82] § 27. 1., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 3, § 2. Fr. 4. D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 7, § 9, D. *de a. r. d.*, 41, 1.

[83] *Voy.* les passages cités dans les notes 81 et 82.

même des choses, et qui sont confirmées par la législation romaine. Justinien, en suivant l'exemple de Pomponius et de Paul, semble à la vérité faire une distinction entre le mélange de corps solides et celui de corps liquides ; mais un examen approfondi des décisions mêmes de l'empereur prouve que cette distinction n'est qu'une subtilité de mots, et que de fait, dans l'un comme dans l'autre cas, le mélange devient commun, si la séparation des divers corps est physiquement impossible [84].

Ce n'est que dans un cas spécial que les régles que nous venons d'exposer souffrent exception. Si quelqu'un méle notre argent avec le sien, nous avons dès ce moment perdu la propriété de nos espèces, qui sont censées consommées aussitôt qu'elles sont mélangées avec d'autres pièces de monnaie ; mais nous avons une action personnelle contre celui qui nous a causé cette perte [85].

Observation. Il se peut que le mélange de deux liquides, *confusio*, produise un objet nouveau, différent de ce que les deux liquides étaient auparavant. Ce cas doit être jugé d'après les règles de la spécification, c'est-à-dire que la nouvelle espèce appartiendra à celui qui a opéré le mélange, puisqu'il a employé en partie de sa matière propre, sauf les dommages et intérêts dus au propriétaire de l'autre matière [86].

§ 191. V. *De la tradition. — Notion et introduction historique.*

Traditio, dans le sens étendu, signifie l'action qui consiste à mettre quelqu'un en possession d'une chose [87] ; mais dans le sens propre qui nous occupe ici, on entend par *traditio* la remise d'une chose faite par le propriétaire à une autre personne dans l'intention que cette dernière devienne propriétaire de l'objet remis [88]. Ce mode d'acquérir suppose nécessairement dans les deux parties l'intention commune de transférer et d'acquérir la

[84] § 28, I., *de rer. div.*, 2. 1. « Quod si casu id (frumentum) mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intelligitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum in totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut is æstimet, quale cujusque frumentum fuerit. » - Fr. 5, pr. Fr. 25, § 5, D., *de rei vind.*, 6, 1.

[85] Javolenus, Fr. 78, D., *de solutionibus*, 46, 3. « Si alieni nummo inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus cujus fuerunt. Si mixti essent ita ut discerni non posseut, ejus fieri qui accepit, in libris Gaii [Cassii] scriptum est : ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret. »

[86] Fr. 5, § 1, D., *de rei vindicatione*, 6, 1. - Fr. 12, § 1, D., *de acquir. rerum dominio*, 41, 1.

[87] Fr. 1, pr. D., *de pignoratitia actione*, 13, 7.

[88] § 40, I., *de rerum divis.*, 2. 1. - Fr. 9, § 3, D., *de acq. rerum dom.*, 41, 1.

propriété. Mais la seule intention des parties ne suffit pas pour opérer ce transfert ; il faut qu'elle soit extérieurement constatée par la remise physique de la chose. C'est ce qui fait dire que la propriété ne se transfére pas par le seul effet des conventions [89].

La justesse de ce principe du droit romain a été contestée par des jurisconsultes modernes. La loi française l'a même formellement rejeté, en déclarant expressément que la propriété se transmet par le seul effet des conventions [90]. Il est cependant facile de voir que cette solution n'est point conforme à la nature des choses. Que le consentement de deux personnes suffise pour créer entre elles un lien obligatoire qui n'existe que pour elles et n'enchaîne la liberté d'aucune autre personne, rien de plus naturel. Mais comment admettre que la volonté de deux individus puisse créer un droit absolu, comme le sont les droits réels, et se soumettre ainsi la volonté de tous les autres membres du corps social. Pour qu'un droit existe et puisse agir vis-à-vis de tous les membres de la société, il faut que la société ait concouru à l'établissement du droit et en ait sanctionné l'existence. L'expérience confirme cette vérité théorique, et ce n'est pas impunément que l'on y porte atteinte. En vain le législateur français proclame-t-il un principe contraire : la force des choses le contraint à le violer de fait à l'égard des meubles [91], et il ne le maintient pour les immeubles qu'au moyen de dispositions contradictoires et incomplètes, qui exposent la propriété territoriale et la garantie hypothécaire à des incertitudes et des dangers tels que la seconde génération se voit obligée de réformer radicalement la partie de la législation qui s'y rapporte. Les anciens Romains avaient été bien plus conséquents. La propriété des choses qui constituaient le vrai patrimoine du citoyen, *res mancipi*, ne se transmettait originairement qu'avec l'intervention des représentants des centuries, *mancipatio*, ou sous la garantie du magistrat suprême, *in jure cessio*. D'autres modes de transmission pouvaient donner un pouvoir de fait ; mais ce pouvoir n'acquérait la garantie de droit, *auctoritas*, qu'après avoir été exercé publiquement pendant un certain temps, *usus*, et avoir reçu ainsi la sanction nationale par le tacite consentement de tous [92]. Ce système, rationnel au fond, était sans doute également conforme aux mœurs et aux besoins de la société pendant les premiers siècles. Mais il dut paraître défectueux alors que les *res mancipi* eurent cessé de constituer la principale richesse des particuliers et que les transactions de la vie civile furent devenues trop variées et trop nombreuses pour qu'il fût possible d'y appliquer régulière-

[89] DIOCLETIANUS et MAXIM., L. 20, C., *de pactis*, 2, 3. « *Traditionibus* et usucapionibus, dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. » — Arg. *Vaticana fragm.*, 68.

[90] Code Napoléon, art. 711. 1138. 1583.

[91] Code Napoléon, art. 2279. « En fait de meubles la possession vaut titre. »

[92] *Voy.* ci-dessus § 177, notes 6 et suivantes, et ci-après § 196.

ment les formalités compliquées des modes légaux de transmission de la propriété [93]. Pour réaliser les réformes que l'état avancé de la civilisation exigeait, il eût fallu successivement élargir le cercle des *res mancipi* et simplifier les modes légaux. Telle eût été aussi sans doute la marche du droit romain, si l'immense accumulation des richesses et la rapidité avec laquelle les fortunes particulières s'élevaient et disparaissaient après les grandes conquêtes de la république, n'eussent imprimé à notre matière un mouvement irrégulier qui fut encore précipité par la prépondérance de l'élément provincial, surtout par rapport à la propriété immobilière. La tradition, qui, dans le principe, avait pu paraître convenable et suffisante pour la transmission des *res nec mancipi* finit, comme nous l'avons exposé ci-dessus, par absorber les anciens modes civils, et se trouve être dans le droit nouveau le mode général de transférer la propriété.

Cette solution est évidemment incomplète et défectueuse. Car la tradition n'a point le caractère d'authenticité qui distinguaient la *mancipatio* et la *in jure cessio;* c'est en outre un acte équivoque, qui ne reçoit sa valeur translative de propriété que par son élément intentionnel dont l'appréciation peut, dans bien des cas, être fort incertaine. Sous ces rapports, le droit de Justinien mérite en grande partie les reproches qui lui ont été adressés par les partisans de l'opinion que nous venons de combattre; il n'est cependant pas à méconnaître que, dans la plupart des cas, les conséquences nuisibles que le vice originaire du système aurait pu produire ont été évitées avec autant de soin que de bonheur [94].

§ 192. *Conditions requises.*

Pour qu'il y ait tradition translative du droit de propriété, il faut la réunion des conditions suivantes :

A. Deux personnes, capables l'une d'aliéner, l'autre d'acquérir. 1). Pour

[93] *Voy.* ci-dessus, §§ 178; 185, nos I et II; et ci-après, § 196 sqq.

[94] Nous avons dû nous borner ici à présenter une esquisse rapide, susceptible de recevoir de grands développements. L'état actuel de la civilisation réclame évidemment comme mode légal de transmission de la propriété la *transcription* dans les registres publics, sauf à admettre la *tradition* comme moyen subsidiaire dans les cas où l'individualité de la chose ne se manifeste pas assez énergiquement pour admettre la transcription, ce qui a lieu à l'égard de la plupart des choses mobilières. C'est aussi, de fait, le principe qui nous régit aujourd'hui, par suite de la combinaison de l'article 2279 du Code Napoléon avec les nouvelles lois sur la propriété immobilière et le régime hypothécaire. Mais il est à regretter que les auteurs de ces lois aient été guidés moins par des principes certains que par le vague désir de parer à certains inconvénients que la pratique avait fait connaître. C'est pourquoi plus d'une disposition inutile a été maintenue ou même inventée, tandis que d'autre part on a laissé des lacunes plus ou moins essentielles. L'expérience fera découvrir ces défectuosités; mais il eût été peut-être possible de les éviter, si l'on s'était d'avance pénétré de la nature juridique des institutions qu'il s'agissait d'organiser.

faire tradition, il faut être propriétaire de la chose et avoir la capacité d'aliéner. — Celui qui n'est pas propriétaire ne peut transférer un droit qu'il n'a pas lui-même [95]. Il y a cependant une exception pour les aliénations faites par le fisc, lequel, lors même qu'il n'est pas propriétaire, donne la propriété à celui à qui il fait tradition d'une chose, sauf à l'ancien propriétaire de prendre son recours personnel contre le fisc [96]. Quant à la capacité de faire tradition, nous ne pouvons que renvoyer aux règles générales sur la capacité d'aliéner [97].—Il n'est pas nécessaire que la tradition se fasse par le propriétaire en personne; la remise de la chose faite par un représentant, en vertu d'un mandat du propriétaire, produit les mêmes effets que si le propriétaire l'avait faite lui-même [98]. Quelquefois même la représentation est forcée, comme dans le cas où le créancier hypothécaire fait vendre la chose hypothéquée ou engagée [99]. 2) Il faut une personne qui accepte la chose dont la tradition doit être faite. Nous renvoyons ici à ce que nous avons dit au § 170 sur la capacité de la personne qui veut acquérir la possession d'une chose. Toutes les règles que nous y avons données s'appliquent à la tradition, qui n'est qu'une prise de possession faite du consentement du propriétaire. Cette prise de possession peut se faire aussi bien par un représentant que par l'acquéreur lui-même [100]. Rappelons encore que l'infidélité du représentant n'empêche point la personne au nom de laquelle il agit d'acquérir la propriété. C'est l'intention de celui qui transfère qui décide, et si cette intention est de transmettre la propriété en faveur du principal, le représentant n'acquiert point pour lui-même, malgré l'intention qu'il peut avoir de le faire [1].

[95] Fr. 20, pr. D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

[96] § 14, I., *de usucap.*, 2, 6. - L., 2. 3, C., *de quadr. præsc.*, 7, 73. Cette disposition date de l'empereur Zénon; Marc-Aurèle s'était borné à donner après cinq ans une exception contre la revendication du véritable propriétaire. L., 3, C., *si adversus fiscum*, 2, 37.

[97] Gaius, II, 62, sqq. - § 2, I., *quibus alienare licet*, 2, 8, et ci-après § 209 nº II.

[98] § 42, 43, I., *de rer. div.*, 2, 1, - Fr. 41, § 1, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 9. § 3. 4, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[99] § 1, I., *quib. alienare licet*, 2, 8. - Fr. 46. D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[100] Fr. 9, § 4. Fr. 13. 20, § 2, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Cf., § 42. 43. Fr. *de rerum divisione*, 2, 1 et § 1, I., *quibus alienare licet vel non*, 2, 8.

[1] *Voy.* ci-dessus § 171, note 67, et les textes suivants : Fr. 13, D., *de donationibus*, 39, 5... Nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.« - Fr. 37, § 8. D., *de a. r. d.*, 41, 1.» Si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acceperit, ut rem Titii faceret, nihil agetur. Nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, et is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quodsi servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur. « Les mots *nihil agetur,* dans ce dernier texte, ne doivent pas être pris dans un sens absolu, comme si l'acte ne produisait aucun effet. Il faut les entendre comme la locution analogue qui termine le texte précédent : *nihil agetur in sua persona, sed mihi acquirit,* c'est-à-dire : l'acte ne produit pas l'effet que le mandataire veut lui faire produire. Cf., Fr. 13. 20, § 2, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

B. Prise de possession opérée par l'acquéreur avec le consentement du propriétaire. Nous avons montré ci-dessus de quelle manière la possession s'acquiert par tradition [2]. Il ne nous reste qu'à parler de deux cas qu'on a l'habitude de comprendre sous le nom de *traditio ficta* *, par la raison que l'on n'y aperçoit pas au premier abord un acte d'appréhension [3]. Premier cas : Pierre détient, à titre de location ou à tout autre titre, mais sans *animus possidendi*, une maison qui appartient à Paul. Plus tard, Paul lui vend la maison : comment se fera la tradition ? Il est évident que le vendeur n'a plus besoin de donner à l'acheteur le pouvoir physique sur la chose, puisque celui-ci l'avait déjà auparavant. Aucun acte d'appréhension n'est nécessaire, la possession est acquise *solo animo*. C'est ce qu'on appelle communément *traditio brevi manu* * [4]. Second cas : Paul vend sa maison à Pierre, mais il continue de l'habiter à titre de location. Pour faire tradition, Paul pourrait remettre la maison à Pierre, qui l'y laisserait rentrer ensuite comme locataire. Au lieu de ce détour, il est beaucoup plus simple que Paul continue d'occuper la maison, non plus en son nom propre, mais comme représentant de Pierre. C'est ce que les commentateurs ont appelé * *constitutum possessorium* * [5]. On voit que, dans l'un comme dans l'autre cas, il y a réellement prise de possession avec le consentement du possesseur actuel, et par conséquent tradition. Ce qui fait paraître l'opération quelque peu compliquée, c'est que la même personne agit à la fois en son nom propre et comme mandataire de l'autre contractant [6].—L'appréhension corporelle de la chose est donc toujours nécessaire : et cela est si vrai que, dans le cas où le propriétaire n'en a pas la possession, il ne saurait y avoir tradition. Cependant on peut arriver indirectement au même but en faisant cession

[2] *Voy.* ci-dessus, § 170, note 547-51, et § 171.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 170, note 60 et Obs.

[4] § 44, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 9, § 5. Fr. 21, § 1, D., *de a. r. d.*, 41, 1. - Fr. 9, § 1, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2. - Fr. 9, § 9, D., *de rebus creditis*, 12, 1. Fr. 62, pr. D., *de evict.*, 21, 2. *Voy.* aussi ci-après, § 193, note 20. — Le terme *brevi manu tradere* a été créé par les commentateurs au moyen d'une combinaison du Fr. 43, § 1, D., *de jure dotium* 23 « ... brevi manu acceptum... » avec le Fr. 79, D., *de solut.*, 46, 3 « ... quodammodo longa manu tradita existimanda est. »

[5] Fr. 77, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 18, pr. D., *de acquirenda possessione*, 41, 2. - L., 28. 35, § 5, C., *de donat.*, 8, 54. — Le constitut possessoire exige naturellement : 1° la volonté du possesseur actuel de ne plus posséder pour lui et de posséder pour nous ; 2° notre volonté d'avoir la chose pour nous ; 3° le rapport de causalité nécessaire entre ces deux faits (ci-dessus, § 171, n° 3). La volonté respective des parties peut, dans bien des cas, résulter des circonstances, et dès lors elle n'a pas besoin d'être formellement exprimée (* *constitutum tacitum* *. Fr. 77, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 1, § 1. Fr. 2, D., *pro socio*, 17, 2, et ci-après, t. II, § 313. - L. 28. 35, § 5, C. *de donat.*, 8, 54) ; mais elle ne se présume point. Arg. Fr. 1, § 2. D., *de periculo et commodo*, 18, 6.

[6] « Nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari. » Fr. 3, § 12, D., *de donat. inter virum et uxorem*. 24, 1.-*Voy.* sur cette matière M. DE SAVIGNY, *Traité de la possession*, § 19. 27.

de la revendication, ce qui aura pour effet de donner au cessionnaire le droit de poursuivre la chose partout où il la trouvera [7].

C. Il faut que la remise de la chose se fasse dans l'intention commune et respective des deux parties de transférer et d'acquérir la propriété, *transferendi dominii causa* [8]. Cette intention commune, qu'on a l'habitude d'appeler la *justa causa possessionis* [9], est ce qui donne à la tradition physique de la chose le caractère d'un mode de transmission et d'acquisition du droit de propriété. Si cette intention n'existe point, il peut y avoir transfert de la possession [10], mais il n'y a pas d'acquisition de la propriété. Mais dès qu'elle préside à la remise, le domaine est transféré, n'importe les motifs qui l'ont pu faire naître dans l'esprit des parties agissantes. Ainsi, bien que la loi déclare nulles les dettes de jeu, la tradition de l'enjeu faite par le perdant n'en transférera pas moins la propriété à l'acquéreur, puisque telle est la volonté commune des deux parties [11]. Il en est de même si le motif qui nous détermine à faire tradition n'existe point, et si par conséquent notre intention de transférer la propriété est déterminée par une erreur [12]. Ainsi le payement d'une somme d'argent que je crois devoir, sans que je la doive réellement, donnera à celui qui reçoit le payement la propriété de l'argent [13]. Enfin, le dissentiment des parties sur les motifs du transfert est indifférent, pourvu qu'elles soient d'accord sur le transfert même. Si je vous donne de l'argent dans l'intention de vous faire une donation, et que vous le receviez croyant que je vous le prête, il n'y a évidemment ni donation ni prêt, parce qu'il n'y a de consentement mutuel ni pour l'un ni pour l'autre; mais comme la donation et le prêt d'ar-

[7] Fr. 35, § 4, D., *de contr. emt.*, 18, 1. - Fr. 47. 63, D., *de rei vind.*, 6, 1. — *Voy.* § 205.

[8] Cette intention suppose toujours une personne *déterminée* à qui l'on veut transférer la propriété. Aussi c'est à tort que Justinien dit, au § 46. I., *de rer. div.*, 2, 1. « Interdum et in *incertam personam* collocata voluntas domini transfert rei proprietatem. » Les exemples qu'il cite sont plutôt des cas d'occupation de choses abandonnées, *res derelictæ*. *Voy.* § 47. I. *de rer. div.*, 2, 1 et Fr. 5, § 1 D., *pro derelicto*, 41, 7.

[9] D'après le Fr. 31, pr. D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. Nunquam *nuda* traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua (*lisez* alia qua) justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. »

[10] Par exemple, dans la remise d'un gage. Fr. 1, pr. D., *de pignor. act.*, 13, 7, et dans d'autres cas analogues. La remise d'une chose faite dans l'intention de la prêter, louer, etc., ne donne pas même la possession. *Voy.* ci-dessus, § 467, note 21. Cf. Fr. 55. D., *de obl. et act.*, 44, 7. « In omnibus rebus, quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quælibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest. »

[11] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 348. 358, vers la fin.

[12] L'erreur sur les motifs, en effet, n'est pas exclusive du consentement. Il en serait autrement, si l'erreur tombait sur un élément essentiel de la tradition. Fr. 34. 35, D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. Cf. Fr. 2, § 6, D., *pro emtore*, 41, 4 et Fr. 49, D., *mandati*, 17, 2. *Voy.* ci-après, t. II, § 285.

[13] *Voy.* ci-après, t. II, § 357 sqq.

gent supposent l'intention de transférer et d'acquérir la propriété, la tradition aura pour effet de rendre propriétaire celui qui accepte [14].—En résumé, la circonstance que les motifs qui ont fait livrer la chose seraient erronés ou entachés d'illégalité [15], ou qu'il y aurait dissentiment sur les motifs du transfert, est indifférente pour notre matière : la tradition n'en aura pas moins pour effet de donner la propriété à celui qui reçoit la chose, pourvu que les parties aient eu l'intention commune de transférer et d'acquérir la propriété. Mais ce transfert de la propriété n'empêche point que la partie qui a ainsi, par erreur ou par un motif illégal, aliéné sa chose ne puisse demander la réparation du dommage qu'elle en éprouve et exiger la restitution de la chose donnée ; seulement, ce droit de répétition ne constitue pour elle qu'une créance, et elle ne peut en conséquence le faire valoir que par une action personnelle contre celui qui a reçu la chose [16].

193. *Effet de la tradition, particulièrement de l'*exceptio rei venditæ et traditæ.

L'effet de la tradition valablement faite est de transférer la propriété de la chose délivrée à celui qui accepte [17]. Cependant, quand la tradition se fait en exécution d'une vente, il y a ceci de particulier, que la propriété n'est acquise à l'acheteur que lorsqu'il a payé le prix de vente, à moins que le vendeur ne se soit fait donner des garanties, par exemple

[14] Fr. 36, D., *de a. r. d.* 41, 1. « Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio : veluti si ego credam, me *ex testamento* tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, *ex stipulatu* tibi eum deberi. Nam et, si pecuniam numeratam tibi tradam *donandi* gratia, tu eam quasi *creditam* accipias, *constat, proprietatem ad te transire,* nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. » Ce passage de Julien est on ne peut plus explicite ; toutefois il y a un passage d'Ulpien qui semble dire le contraire. Fr. 18, pr. D., *de reb. credit.*, 12, 1. « Si ego tibi pecuniam quasi *donaturus* dedero, tu quasi *mutuam* accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos *accipientis non fieri*, cum alia opinione acceperit : quare, si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti. » Mais l'opinion que nous avons développée doit être adoptée par les raisons suivantes : 1° Julien traite la question *ex professo*, tandis qu'Ulpien ne fait que l'effleurer à l'occasion d'une autre question. 2° Julien s'exprime de la manière la plus positive, *constat;* tandis qu'Ulpien se borne à émettre une opinion, *puto*. 3° Peut-être même les mots *accipientis non fieri* signifient-ils simplement que l'*accipiens* est tenu de restituer (Arg. Fr. 40 in f. D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1, expliqué ci-après, § 194, note 29), ce qui paraît d'autant plus probable qu'Ulpien n'accorde point à celui qui a donné la revendication, mais une *condictio*, action qui ne compète point au propriétaire (Arg. Gaius, IV, 4). 4° Enfin l'opinion de Julien est seule conforme aux principes de la matière.

[15] Il y a des dispositions spéciales pour les donations entre époux, que la loi prohibe et déclare *nullius momenti*. *Voy*. Fr. 3, § 10. 11, D., *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1. « ... Nec traditio quidquam valet... » et ci-après, t. III, § 398.

[16] *Voy.*, sur l'importance pratique de cette distinction, ci-après, t. II, §§ 337 sqq.

[17] § 40, I., *de rerum div.*, 2. 1. - Fr. 9, § 3, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

une caution, une hypothèque, ou qu'il ait vendu à crédit [18]. — Il va sans dire que celui qui accepte acquiert le droit de propriété tel qu'il existait dans la personne de son auteur. Particulièrement, si la propriété de ce dernier était restreinte par des *jura in re*, elle passerait dans le même état à l'acquéreur; mais, d'un autre côté, s'il existait des *jura in re* établis en faveur de la chose délivrée, ces extensions de la propriété compéteraient également au nouveau propriétaire [19]. — La tradition conditionnelle ne transfère naturellement la propriété que si la condition vient à s'accomplir [20].

Si la tradition a été faite par quelqu'un qui n'était pas propriétaire, elle n'aura point pour effet de donner la propriété à celui qui accepte; cependant, s'il a reçu la chose de bonne foi, il se trouve en état de l'usucaper et d'en acquérir ainsi la propriété au moyen d'une possession continue [21]. En attendant, il jouit de plus, selon les circonstances, d'une exception qui avait une très-grande importance dans l'ancien droit, et qui n'est pas dénuée de toute utilité même dans le droit nouveau: nous entendons parler de l'*exceptio rei venditæ et traditæ* [22], qui fut introduite afin de protéger la propriété bonitaire contre le *nudum jus Quiritium*. — En effet, si quelqu'un avait vendu et délivré une *res mancipi*, l'acheteur acquérait bien la chose, et il l'avait *in bonis*, mais le vendeur en conservait le *dominium ex jure Quiritium*, et par conséquent la revendication qui y est attachée, parce que ce droit ne pouvait être aliéné que par un mode civil, du moins en ce qui concernait les *res mancipi*. Il est vrai que le vendeur lui-même ne pouvait intenter la revendication, qui se serait trouvée paralysée par l'*exceptio doli;* mais rien ne l'empêchait de céder son *jus Quiritium*, au moyen de la mancipation ou de la cession judiciaire, à une autre personne, laquelle était à l'abri de l'*exceptio doli*, si elle n'avait pas agi elle-même d'une manière frauduleuse. Cependant toutes les raisons d'équité militaient en faveur du premier acquéreur, et pour le protéger le préteur créa une exception nouvelle, *exceptio rei venditæ et traditæ*, qui

[18] § 41, I., *de rer. div.*, 2, 1. « ... Quod cavetur quidem etiam ex lege XII tabularum tamen recte dicitur, et jure gentium, id est, naturali, id effici. - Fr. 5, § 18, D., *de tributoria actione*, 14, 4. - Fr. 19. 53, D., *de contrahenda emtione*, 18, 1.

[19] Fr. 20, pr. § 1, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

[20] Fr. 38, § 1, D., *de acq. vel amitt. poss.*, 41, 2. « ... Hoc amplius existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit. » Dans ce cas on peut dire que l'accomplissement de la condition opère tradition: il y a une espèce de " *tacita brevi manu traditio* ". *Voy.* des exemples ci-après, t. II, § 331, n[os] 3, 4 et surtout 6; ainsi que t. III, § 391, vers la fin. — Il s'agit, bien entendu, ici de ce qu'on a l'habitude d'appeler *condition suspensive;* nous aurons à nous occuper plus tard (t. II, § 331, Obs.), de l'opération qu'on appelle abusivement *tradition sous condition résolutoire*, et dont nous avons déjà dit quelques mots, en traitant de l'irrévocabilité du droit de propriété, ci-dessus, § 180, n° 3.

[21] *Voy.* ci-après, §§ 196-201. 208. Cf. ci-après, § 193, notes 25 sqq.

[22] Tit. D., *de exceptione rei venditæ et traditæ*, 21, 3.

différait de l'*exceptio doli* en ce qu'elle pouvait être opposée non-seulement à celui qui s'était rendu coupable du dol, mais encore à tous ceux qui tenaient leur droit de lui [23]. — Dans le droit nouveau, où la distinction entre propriété civile et naturelle n'existe plus, notre exception a perdu beaucoup de son importance : elle peut cependant encore être utile dans des cas analogues. Par exemple : Pierre me vend et délivre une chose qui appartient à Paul; par la suite, Pierre devient héritier de Paul, et par conséquent propriétaire de la maison que j'ai achetée. S'il voulait en cette qualité la revendiquer lui-même, je pourrais sans aucun doute le repousser par l'*exceptio doli;* mais je n'aurais pas le même droit vis-à-vis d'un tiers de bonne foi à qui il aurait vendu la maison. Dans ce cas, l'*exceptio rei venditæ et traditæ* me servira à paralyser l'action de ce dernier, parce qu'il tient son droit du même auteur que moi [24]. Les commentateurs expriment le principe qui sert de base à cette exception par l'adage suivant :* *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* *, dont voici l'interprétation : Si quelqu'un est tenu de nous garantir un droit en cas d'éviction, nous pouvons le repousser par une exception (lui ainsi que tous ceux qui tiennent leur droit de lui), pour le cas où lui ou ses successeurs voudraient contester ou attaquer le droit qu'il est tenu de nous garantir.

§ 194. VI. *De l'acquisition des fruits par celui qui n'est pas propriétaire de la chose.*

Les fruits, comme accessoires, appartiennent en général au propriétaire de la chose qui les produit (§ 186). Mais il y a des cas dans lesquels un autre les acquiert, soit en vertu d'une autorisation du propriétaire, soit même sans pareille autorisation en vertu d'une disposition légale.

Le premier cas ne présente guère de difficulté; mais l'acquisition des fruits qui se fait sans l'autorisation du propriétaire de la chose donne lieu à une grande controverse. D'après les lois romaines, cette acquisition a lieu en faveur de celui qui de bonne foi possède la chose d'un autre [25].

[23] *Voy.* ci-dessus, § 178, n° 2, et Obs.

[24] Fr. 2, 3, D., *de exc. rei vend. et trad.*, 21, 3. - Fr. 72, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 2, D., *de usurpat.*, 41, 3. - Fr. 4, § 32, D., *de doli mali except.*, 44, 4. — *Voy.* en général sur les applications de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, ci-après, § 206.

[25] C'est en traitant de l'usucapion, ci-après, § 199, C., que nous donnerons la notion exacte de la *bonæ fidei possessio.* Il importe cependant de signaler dès à présent deux différences notables entre l'usucapion et notre matière : 1° Le droit de faire siens les fruits de la chose appartient à tout possesseur de bonne foi, alors même que sa possession ne serait pas, dans l'espèce, propre à l'usucapion. Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.*, 41, 1. « ... Veluti, si (res) pupilli sit, aut vi possessa, aut ... » 2° Mais, par contre, l'acquisition des fruits exige bonne foi au moment de l'acquisition, tandis que pour l'usucapion il suffit que le commencement de la possession soit de bonne foi, *mala fides superveniens non nocet.* *Voy.* ci-après, note 32, et § 199, C.

Plusieurs passages de nos sources disent expressément que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la simple séparation, c'est-à-dire qu'ils lui appartiennent dès qu'ils sont séparés du fonds [26]. D'un autre côté, la loi accorde au propriétaire revendiquant le droit d'exiger que le possesseur de bonne foi lui restitue les fruits qui se trouvent encore chez lui, *fructus exstantes* [27]. On a cru voir entre ces deux dispositions une contradiction qui réellement n'existe pas. En effet, il se peut fort bien qu'on ait la propriété d'une chose et qu'en même temps on soit obligé de donner cette chose à un autre. Ainsi le vendeur reste propriétaire de l'objet vendu tant qu'il n'en a point fait tradition, mais il n'en est pas moins tenu de le livrer à l'acheteur. Celui qui reçoit une chose qui ne lui est pas due est obligé de la restituer, quoiqu'en la recevant il en ait acquis la propriété [28]. De même le possesseur de bonne foi est tenu de restituer les fruits qui existent encore chez lui, mais il n'en est pas moins vrai qu'il en a la propriété jusqu'au moment où cette restitution a été opérée. Aussi il a le droit d'en disposer comme bon lui semble, et s'il les a aliénés auparavant, le propriétaire de la chose principale ne pourra point les revendiquer chez les tiers acquéreurs [29]. — Il est donc certain que le possesseur de bonne foi acquiert, par la simple séparation, la propriété des fruits de la chose qu'il possède, et que cette propriété ne reçoit aucune atteinte ni restriction par l'obligation personnelle de restituer les fruits encore existants, au cas

[26] Fr. 28, pr. D., *de usuris*, 22, 1. « In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hædi et vituli *statim pleno jure* sunt bonæ fidei possessoris et fructuarii. » - Fr 25, § 1, D., *eodem*. « Porro bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod *dominis* prædiorum tributum est... Plus juris in percipiendis fructibus habet (usufructuario), cum fructuarii quidem non fiant ante quam ab eo percipiantur, ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint. » - Fr. 25, § 2. Fr. 45, § 1, D., *eodem*. - Fr. 48, D., *de a. r. d.*, 41, 1. « ... Denique etiam priusquam percipiat, *statim* ubi a solo separati sunt, bonæ fidei emtoris fiunt... » - Fr. 13, D., *quibus modis ususfr. amittatur*, 7, 4, et Fr. 4, § 19, D., *de usurpat.*, 41, 3, ci-après, note 31. - § 35, I., *de rer. div.*, 2, 1. « Si quis a non domino, bona fide fundum emerit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. » L'argument indiqué par les derniers mots de ce passage, *pro cultura et cura*, n'est pas exact; il est possible que la considération de la *cultura et cura* ait été le motif qui a engagé le législateur à attribuer les fruits au possesseur de bonne foi; mais ce n'est point une condition nécessaire de l'acquisition. - Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.*, 41, 1. « *Suos*... facit non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed *omnes*. »

[27] L. 22, C., *de rei vindicatione*, 3, 32. *Voy.* ci-après, § 205, vers la fin.

[28] *Voy.* ci-dessus, § 192, note 15, et ci-après, t. II, § 357 sqq. Nous aurons l'occasion de donner plus de développement à cette considération, quand nous traiterons de la dot, ci-après, t. III, § 392.

[29] Cela est hors de doute ; car les lois refusent au propriétaire de la chose tout droit de répéter les fruits consommés de bonne foi ; or, aliéner le fruit, c'est le consommer. § 35, I., *de rer. div.*, 2, 1. - § 2, I., *de off. jud.*, 4, 17. - Fr. 4, § 2, D., *finium regund.*, 10, 1. - Fr. 40 in f. D., *de a. r. d.*, 41, 1, où les mots *consumtos suos facit* signifient évidemment : il ne doit pas les restituer. — *Voy.* ci-après, § 205, vers la fin.

que le propriétaire revendique la chose [30]. De cette manière, la contradiction apparente est complétement levée, sans qu'on ait besoin de recourir aux divers systèmes proposés par les commentateurs, et qui tous sont plus ou moins contraires aux dispositions expresses de la loi ou aux principes généraux sur le droit de propriété [31].

Quant à la manière dont les fruits de la chose d'autrui s'acquièrent, il est à remarquer que le possesseur de bonne foi et l'emphythéote les acquièrent par la simple séparation, quand même la séparation n'aurait pas été faite par eux [32]. Dans tous les autres cas, au contraire, la loi exige que l'acquéreur ait perçu les fruits, c'est-à-dire qu'il en ait pris possession. Ainsi le fermier et l'usufruitier n'acquièrent les fruits auxquels il ont droit que par la perception [33]. On considère l'acquisition des fruits par ces derniers comme une espèce de tradition, faite par le propriétaire qui les autorise à gagner les fruits [34]. Or, comme la tradition exige la remise

[30] C'est à cause de cette obligation que le Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.* dit « Fructus interim suos facit, quia, quod ad fructus attinet, loco domini pæne est. »

[31] D'après le système le plus généralement reçu, le possesseur de bonne foi acquerrait les fruits par la séparation, mais sa propriété serait révocable et elle ne deviendrait définitive que lorsqu'il l'aurait rendue telle au moyen de l'usucapion. Cette opinion consacre un principe bizarre : c'est en effet contraire à toutes les règles de droit, qu'on puisse usucaper une chose dont on a déjà la propriété. — Le même reproche ne peut être fait à un autre système présenté par M. de Savigny, *Traité de la possession*, § 22 a. D'après lui, le possesseur de bonne foi est également possesseur de bonne foi des fruits, et en cette qualité il peut les usucaper comme il peut usucaper le fonds. Mais, comme les fruits séparés sont des choses mobilières, il les acquerra par le court délai de trois ans, tandis qu'il lui faut dix ou vingt ans pour le fonds même. Ce système est à la vérité conforme aux principes généraux ; mais, pas plus que la théorie vulgaire, il ne saurait être concilié avec les textes que nous avons cités et auxquels nous pouvons ajouter : Fr. 4, § 19, D., *de usurpat.*, 41, 3. « ... Quoniam in fructu est, *nec usucapi debet, sed statim emtoris fit.* » - Fr. 48, § 6, D., *de furtis*, 47, 2. « Ex furtivis equis nati *statim* ad bonæ fidei emtorem pertinebunt ; merito, quia in fructu numerantur... »

[32] Fr. 25, § 1, in f. Fr. 28, pr. D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 13, in f. D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4. - Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.*, 41, 1. — Pour acquérir les fruits, le possesseur doit-il être de bonne foi au moment de la séparation, ou suffit-il qu'il l'ait été au moment où il acquérait la possession de la chose qui produit les fruits? Bien qu'un passage de Julien, Fr. 25, § 2, D., *de usuris*, 22, 1. ne l'exige que dans ce dernier moment, l'opinion contraire paraît préférable. Elle est confirmée par les Fr. 25, § 1. Fr. 40. Fr. 48, § 1, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[33] Fr. 12, § 5, D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 13, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4. - Fr. 25, § 1, D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 78, D., *de rei vindic.*, 6, 1. — Au § 36, I., *de rer. div.*, 2, 1. Justinien et Théophile semblent établir une différence entre l'usufruitier et le fermier. « Eadem *fere* et de colono dicitur. » Mais cette différence ne se rapporte point à notre question : elle consiste uniquement en ce que le fermier transmet son droit aux héritiers, tandis que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier. — Il est à remarquer que le croît des animaux est acquis à l'usufruitier dès qu'il est séparé de la mère. § 37, I., *de rer. div.*, 2, 1 - Fr. 28, pr. D., *de usuris*, 22, 1.

[34] Arg. Fr. 61, § 8, D., *de furtis*, 47, 2. « ... Et ideo colonum, *quia voluntate domini eos percipere videatur*, suos fructus facere. » - Fr. 6, D., *de donationibus*, 39, 5. « ... *Quasi traditio* enim facta videtur, cum eximitur (lapis) domini voluntate... » *Voy.* M. de Savigny, *Traité de la possession*, § 22 a.

réelle de la chose, il faut, de la part des acquéreurs, un acte d'appréhension qui consiste dans la perception des fruits [35], tandis que l'emphytéote et le possesseur de bonne foi n'ont pas besoin d'un pareil acte, puisqu'ils ont la possession de la chose et par conséquent aussi des fruits [36]. Cette distinction entre la perception et la séparation n'est pas sans importance pratique, surtout quand il s'agit de savoir à qui appartiennent les fruits qui existent au moment où la cause qui y donnait droit vient à cesser [37].

§ 195. VII. *De l'adjudication.*

On entend par *adjudicatio* le jugement dans les actions en partage, par lequel le juge attribue à chacune des parties la part qui leur revient dans la chose à partager [38]. Nous exposerons ci-après, aux endroits convenables [39], les règles qui doivent guider le juge dans ces actions, soit qu'elles tendent au règlement des bornes entre voisins, *finium regundorum*, soit qu'elles aient pour but le partage d'une chose commune, *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo actio* [40]. Ici, nous nous bornons à dire que l'adjudication donne à chaque partie la propriété exclusive de la part qui lui est attribuée [41]. Il paraît que dans l'ancien droit l'adjudication ne donnait la propriété quiritaire que dans les *legitima judicia*, tandis que la propriété adjugée dans un *judicium imperio continens* était simplement bonitaire ou prétorienne [42].

[35] § 36, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 13, D., *quib. modis ususfr. omittatur*, 7, 4. - Fr. 25, § 1, D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 6, D., *de donat.*, 39, 5. - Fr. 61 (63), § 8, D., *de furtis*, 47, 2.

[36] Fr. 25, § 1, D., *de usuris*, 22, 1. - Par analogie il faut attribuer le même droit au créancier gagiste qui jouit de l'antichrèse. *Voy.* ci-après, § 241.

[37] Elle peut encore être importante pour décider la question de savoir à qui compètent la revendication et la *condictio furtiva* à l'égard des fruits soustraits avant la perception. Fr. 12, § 5, D., *de usufructu*, 7, 1.

[38] *Voy.* ci-dessus, § 137, nº 4. — Quelquefois le mot *adjudicare* est employé dans un sens plus étendu. Fr. 16, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 39, pr. D., *de jure fisci*, 49, 14. « Bona fisco... adjudicari... »

[39] T. II, § 360. T. III, § 484.

[40] *Voy.* sur cette matière Ulpien, XIX, 2. 16. - § 4-6, I., *de officio judicis*, 4, 17 et les Titt. D., X, 1-3. - Titt. C., III, 36. 39.

[41] Ulpien, XIX, 16. - § 7, I., *de officio judicis*, 4, 17. - *Quid*, si les copartageants n'étaient point communistes, ou si les objets partagés ne leur appartenaient point? *Voy.* Fr. 36, D., *fam. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 17, D., *de usurpat.*, 41, 2. Cf. ci-après, § 199, note 28, et t. II, § 360.

[42] Arg. *Vaticana fragm.*, 47. « ... Item potest constitui (ususfructus) et familiæ erciscundæ, vel communi dividundo *judicio legitimo*... - Fr. 44, § 1, D., *fam. ercisc.*, 10, 2. « Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adjudicationes *Prætor tuetur*, exceptiones aut actiones dando. »

§ 196. VIII. *De l'usucapion* *, A. *Introduction historique. De l'ancienne usucapion.*

Le transfert de la propriété civile se faisait à Rome sous la garantie de la nation ou de l'autorité constituée : dans la *in jure cessio*, c'était le magistrat; dans la *mancipatio*, c'étaient les témoins, représentant les cinq classes du peuple, qui garantissaient à l'acquéreur son droit de propriété. Si cette garantie n'avait pas accompagné le transfert d'une chose, on pouvait y suppléer par une possession publique et manifeste exercée pendant un certain laps de temps [43]. En effet, cet exercice public et paisible de la propriété, au vu de la nation entière, semblait impliquer le consentement de tous les citoyens. L'usucapion était à la mancipation ce que le droit coutumier était à la loi votée dans les comices. Aussi ce mode d'acquérir est-il probablement aussi ancien que le droit des Romains. Toutefois les premiers renseignements que nous avons sur cette matière ne remontent pas au delà des Douze Tables, qui consacraient la règle, que « la propriété s'acquiert par la possession continue des fonds de terre pendant deux ans, des autres choses pendant un an [44]. » Pour désigner cette acquisition, qui plus tard est appelée *usucapio*, la loi se sert du terme *usus auctoritas, usus et auctoritas,* qui indique que le laps de temps prescrit par la loi a pour effet d'ajouter au simple fait de possession, *usus*, la protection légale accordée au propriétaire, *auctoritas* [45].

Ce mode d'acquérir, attribuant la propriété civile, pouvait être utile sous deux rapports. En effet, l'usucapion servait à changer en propriété romaine 1° une possession qui originairement n'avait été que propriété bonitaire; 2° une possession qui n'avait pas même le caractère de pro-

* GAIUS, II, 41-61. — ULPIEN, XIX, 8. — PAUL, V, 2. — Tit. I., *de usucapionibus et longi temporis possessionibus*, 2, 6. - Tit. D., *de usurpationibus et usucapionibus*, 41, 3. - Titl. C., 7, 30-39 (ci-après, § 198, note 83).

[43] ULPIEN, XIX, 8. « Usucapione dominia adipiscimur tam mancipi rerum quam nec mancipi. Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, rerum mobilium anni, immobilium biennii. » — Fr. 3, D., *de usurp. et usuc.*, 41, 3. - ISIDORE, *Orig.* V, 25.

[44] CICÉRON, *Topica*, 4; *pro Cæcina*, 19. (ci-après note 57).

[45] C'est dans le même sens que la loi des Douze Tables, disait : ADVERSUS HOSTEM ÆTERNA AUCTORITAS ESTO. « Le citoyen peut *toujours* revendiquer sa chose contre l'étranger; la loi lui garantit *toujours* sa propriété contre l'étranger. *Voy.* ci-après, note 47. Dans ces dispositions légales le mot *auctoritas* signifie donc la protection légale, la garantie nationale. Mais il est également employé, et c'est même plus tard la signification ordinaire du terme, pour désigner la garantie qu'un particulier doit à l'autre, spécialement dans les aliénations : *auctoritatem præstare*. PAUL, II, 17, I. 3. - *Vatic. fragm.* 10. - Fr. 76. D., *de evict.* 21, 2, et *passim*. *Voy.* ci après, t. II, § 275.

priété [46]. — Pour produire cet effet, la possession devait réunir les conditions suivantes :

1. Il fallait que l'acquéreur fût citoyen, ou qu'il eût au moins le *commercium*. ADVERSUS HOSTEM ÆTERNA AUCTORITAS ESTO [47].

2. Il fallait que la chose fût susceptible d'être acquise. Il va sans dire qu'on ne pouvait usucaper les choses hors du *commercium*, c'est-à-dire non susceptibles de la propriété privée *ex jure Quiritium*, comme les hommes libres, les *res publicæ* et *universitatis*, ainsi que les fonds provinciaux [48]. En outre, la loi des Douze Tables avait excepté de l'usucapion certaines choses, tant immobilières que mobilières, savoir : *a*) le lieu où existe un tombeau, ainsi que le chemin qui y conduit, *bustum et forum* [49]; *b*) les cinq pieds qui se trouvaient entre les *agri limitati*, *quinque pedes* [50]; *c*) les *res mancipi* qu'une femme soumise à la tutelle des agnats aurait aliénées sans l'autorisation de son tuteur [51]; *d*) les choses volées, *res furtivæ* [52]. Cette disposition des Douze Tables fut confirmée par une loi *Atinia*, qui introduisit en même temps le principe que le vice inhérent aux choses volées disparait dès qu'elles sont rentrées au pouvoir du maître [53]. Dans l'origine, cette défense d'usucapion semble avoir embrassé tant les immeubles que les choses mobilières. Mais quand on eut posé en principe qu'il n'y a pas de vol possible à l'égard des immeubles, la loi *Julia et Plautia* [54] remplit la lacune qui aurait pu naître de l'application de cette règle,

[46] GAIUS, II, 41. « Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur ; ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias : semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium res tua esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa esset. » 45. « Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quæ non a domino nobis traditæ fuerint, sive mancipi sint eæ res sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui tradiderit, dominum esse. » - LE MÊME, III, 80. - ULPIEN, I, 16. - Pr. I., *de usucap.*, 2, 6. - Fr. 2, § 15. 16, D., *pro emtore*, 41, 4.

[47] CICÉRON, *de off.* I, 12. - GAIUS, II, 65. — Cf. ci-dessus, note 45.

[48] GAIUS, II, 48. - § 1, I., *de usucap.*, 2, 6. - Fr. 45, pr. D., *de usurpationibus*, 41, 3.

[49] CICÉRON, *de leg.*, II, 24. « Quod autem forum (id est vestibulum sepulcri) bustumve usucapi vetat, tuetur jus sepulcrorum. Hæc habemus in Duodecim. » - FESTUS, v. *Forum*. - LE MÊME, v. « *Bustum*... proprie dicitur locus, in quo mortuus est combustus et sepultus... »

[50] CICÉRON, *de legibus*, I, 21. - *Voy* ci-dessus, § 181, note 68, et ci-après, t. II, § 360.

[51] CIC., *ad Att.*, I, 5. - GAIUS, II, 47. — *Voy.* ci-après, t. III, § 455.

[52] GAIUS, II, 45. - § 2, I., *de usucap.*, 2, 6, et THÉOPHILE, ad *h. l.*

[53] AULU-GELLE, XVII, 7. « Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto. » - § 2, I., *de usucap.*, 2. 6.-Fr. 4, § 6. 12-14. Fr. 42, D., *de usurp.*, 41, 3.-Fr. 215, D., *de verb. signif.*, 50, 16. Dans THÉOPHILE, ad § 2, I., *cité*, cette loi est appelée Ἀτίλιος νόμος ; mais c'est probablement une erreur de copiste : car presque tous les autres auteurs et la plupart des manuscrits des Institutes et du Digeste disent *Atinia*. *Voy.* SCHRADER, ad § 2, I., *cité*. — La loi Atinia parait avoir été portée du temps de Q. Mucius Scævola, ou quelque temps auparavant. AULU-GELLE, *l. c.*

[54] C'est-à-dire loi Julia et loi Plautia, ou plutôt loi Plautia et loi Julia, car la loi Plautia est plus ancienne ; elle date de 665. *Voy.* Fr. 34, § 2, D., *de usurpationibus*, 41, 3.

et interdit l'usucapion des immeubles dont le propriétaire aurait été dépossédé violemment, *res vi possessæ* [55]. A ces prohibitions on ajouta par la suite celle des choses aliénées au mépris d'une défense légale, et diverses autres que nous indiquerons dans l'exposé de la législation de Justinien sur cette matière [56].

3. On exigeait une possession continue de deux ans pour les fonds de terre, d'un an pour toutes autres choses. Il paraît que dans le principe les maisons n'étaient point comprises sous la dénomination de *fundi;* par la suite, on les considérait comme l'accessoire du fonds, et on étendait le délai de deux ans à toutes les choses immobilières [57].

4. Enfin il fallait que le pouvoir exercé par l'*usucapiens* eût une cause légitime, telle qu'en acquérant la possession il pût se croire en droit d'avoir la chose comme maître. Dans la personne du propriétaire bonitaire, cette croyance était justifiée et légitimée par l'acte même qui lui avait donné la possession de la chose; mais, en dehors de cette hypothèse, il ne suffisait pas toujours que la prise de possession eût eu lieu par suite d'un acte propre à donner la propriété. Notamment lorsque nous avions acquis la chose par un mode dérivé, l'acte le plus légal n'eût pas constitué pour nous une *justa causa possessionis*, si nous avions pu croire, au moment de l'acquisition, que notre auteur ne fût pas propriétaire ou n'eût pas la capacité d'aliéner : la conviction contraire était indispensable. C'est pourquoi l'on disait que, en outre de l'acte propre à transférer la propriété, il fallait que la possession eût été acquise de bonne foi [58]. Cette décomposition de l'idée qu'on avait probablement, dans l'origine, exprimée par le terme général *justa causa,* ne s'appliquait rigoureusement qu'aux acquisitions dérivées; mais comme ce sont là de fait les acquisitions [59] les plus nombreuses et les plus importantes, elle finit par être généralisée, et du temps des jurisconsultes classiques on avait admis comme règle que toute usuca-

[55] Gaius, II, 45. 51. - § 2. 8, I., *de usucap.*, 2, 6. - Fr. 4, §§ 22, 23. Fr. 33, § 2, D., *de usurpationibus*, 41, 3.

[56] *Voy.* ci-après, § 199, A, nos 5 sqq.

[57] Cicéron, *Topica*, 4. « Quod in re pari valet, valeat in hac quæ par est : ut, quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium. At in lege ædes non appellantur, et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus. » - Le Même, *pro Cæcina*, 19, « Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium. At utimur eodem jure in ædibus, quæ in lege non appellantur. » - Gaius, II, 42. 54. - Ulpian, XIX, 8. - Pr. I., *de usucapionibus*, 2, 6, et Théophile, *ad h. l.*

[58] Fr. 109, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Bonæ fidei emtor videtur qui ignoravit rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. » - Cf. Gaius, II, 43, et Fr. 12, D., *de usurpat.*, 41, 3.

[59] Aussi Gaius, II, 43, en opposant à l'usucapion du bonitaire celle du possesseur de bonne foi, ne parle-t-il que du cas où *res non a domino nobis traditæ fuerint, cum crederemus eum qui tradiderit, dominum esse.* — Justinien et Théophile s'expriment de la même manière. Pr. I., *de usucapionibus*, 2, 6.

pion, en dehors des cas de la propriété bonitaire, exigeait la réunion de deux conditions : *justa causa* ou *justus titulus* et *bona fides* [60]. Il était cependant resté quelques cas dans lesquels l'analyse que nous venons d'esquisser n'était aucunement applicable, et qui dès lors semblaient constituer des exceptions à la règle générale [61]. 1° L'*usucapio pro herede* [62]. Si la succession d'un défunt n'était point acquise par des héritiers, le premier venu pouvait s'en emparer, la posséder comme s'il était héritier, *pro herede*, et l'acquérir au moyen de la possession continue d'un an [63]. Cette usucapion était évidemment bâtie sur l'idée qu'une *hereditas* sans héritiers est une *res nullius*, et elle pouvait paraître légitime aussi longtemps que cette idée dominait; il paraît même qu'on la conserva encore plus tard par des motifs d'utilité, parce qu'elle fournissait un moyen indirect de forcer les véritables héritiers à acquérir sans délai la succession qui leur était déférée, ce qui avait le double avantage de ne pas laisser les sacrifices de la famille en souffrance et de donner aux créanciers le moyen de poursuivre le payement de ce qui leur était dû par le défunt [64]. Quoi qu'il en soit, cette acquisition d'une hérédité par usucapion sans bonne foi — car le premier venu qui s'emparait de la succession savait bien qu'elle ne lui appartenait pas — était encore en usage du temps de Cicéron [65]. Les jurisconsultes classiques ne l'admirent plus pour la succession entière, mais seulement à l'égard de choses déterminées faisant partie de la succession [66]. Cependant même l'acquisition à titre particulier finit par être considérée comme immorale, *lucratica et improba*. L'usage en fut sensiblement restreint par une règle que nous avons déjà citée, et d'après laquelle *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Il en résultait que celui qui avait détenu une chose du défunt à titre de dépôt, de louage ou de prêt, ne pouvait

[60] *Voy.* ci-après, § 199, C. D. et Obs.

[61] Nous disons : « *semblaient* constituer ; » car il suffit de lire les exemples exposés dans le texte pour se convaincre que, sauf le cas de l'*usucapio pro herede*, la possession de l'*usucapiens* est parfaitement loyale, bien qu'il sache que la chose n'est pas *sua ex jure Quiritium*. Même l'*usucapio pro herede* était, sans aucun doute, dans l'origine, parfaitement légitime.

[62] Gaius, II, 52-58.

[63] D'un an. L'*hereditas*, en effet, est une abstraction et ne peut, par conséquent, être considérée comme une *res soli*, alors même qu'elle comprendrait des immeubles. Gaius, II, 54. ci-après, note 66.

[64] Gaius, II, 55, prétend que c'est ce motif d'utilité qui a fait créer l'institution. Mais cette hypothèse est inadmissible, comme nous le verrons ci-après, t. III, §§ 440. 452.

[65] Cicéron, *de leg.*, II, 19; *ad Atticum*, I., 5.

[66] Le délai d'un an fut conservé même pour les choses immobilières, Gaius, II, 53. « Et in tantum hæc usucapio concessa est, ut res quæ solo continentur, anno usucapiantur. » 54. « Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio. illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessiones, ut ipsæ hereditates, usucapi credebantur, scilicet anno; lex enim XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno, ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est; et quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quæ solo teneantur, annua usucapio remansit. »

pas, de sa seule volonté, commencer à posséder et à usucaper *pro herede*[67]. De cette manière, au moins, les véritables héritiers étaient protégés contre l'usucapion clandestine. Adrien alla plus loin et leur permit de répéter au moyen de la pétition d'hérédité toute chose usucapée sans bonne foi, de quelque manière que ce fût[68]. Mais le *prædo*, c'est-à-dire le possesseur de mauvaise foi, pouvait toujours faire valoir son usucapion contre les tiers, jusqu'à ce qu'enfin Marc-Aurèle punit criminellement le vol de choses provenant d'une succession, en établissant les *judicia criminis expilatæ hereditatis*[69]. Depuis, personne ne pouvait plus se prévaloir d'une possession de choses héréditaires sans bonne foi, et dans le droit nouveau il n'est plus question de cette *usucapio lucrativa pro herede*. 2° Deux cas particuliers d'*usureceptio*, c'est-à-dire de réacquisition par *usus* d'une chose qui nous avait appartenu, et dont nous avions perdu la propriété[70]. Celui qui avait mancipé à un autre une chose *cum fiducia*, c'est-à-dire sous la promesse que la chose lui serait rendue, en recouvrait la propriété, s'il la possédait pendant un an, sans qu'il eût besoin de l'acquérir par remancipation ou rétrocession[71]. De même on pouvait réusucaper une chose immobilière qu'on avait engagée à l'État, et qui avait été vendue par ce dernier. La vente faite par l'État s'appelait dans ce cas *prædiatura*, et le fait de réusucaper la chose vendue était désigné par le terme : *ex prædiatura possessionem usurecipere*[72]. Le droit de Justinien ne connaît plus ces *usureceptiones*[73].

[67] Fr. 33, § 1, D., *de usurpationibus*, 41, 3. *Voy.* ci-dessus, § 170, note 62.

[68] GAIUS, II, 57. Il est douteux si ce sénatus-consulte d'Adrien s'appliquait également à l'*usucapio pro herede* de celui qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, croyant qu'il était héritier. Les termes dont Gaïus se sert sont généraux, et la L. 1, C., *de usuc. pro her.*, 7, 29, dit d'une manière absolue que l'*usucapio pro herede* n'a plus lieu : mais d'un autre côté il y a de graves motifs d'admettre encore, dans le droit nouveau, l'*usucapio pro herede* du possesseur de bonne foi. *Voy.* ci-après, § 199, note 94.

[69] Titt. D., *expilatæ hereditatis*, 47, 19. – C. *eodem*, 9, 32.

[70] GAIUS, II, 59. « ... Dicitur *usureceptio*, quia id, quod aliquando habuimus, *recipimus* per usucapionem. »

[71] GAIUS, II, 59, 60. *Voy.* au reste ci-après, § 239.

[72] GAIUS, II, 61. « Idem si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possiderit, concessa est usureceptio ; sed hoc casu prædium biennio usu recipitur. Et hoc est, quod vulgo dicitur ex prædiatura possessionem usu recipi : nam qui mercatur a populo, prædiator appellatur. » Ce passage de Gaïus ne fait guère connaître la nature de l'opération dont il s'agit. Le plus simple serait de supposer que le *prædiator* eût négligé de se mettre en possession de l'immeuble acheté, et que par suite l'ancien propriétaire, étant resté pendant deux ans en possession, eût réacquis le fonds. Mais le fait supposé est trop invraisemblable ; l'analogie avec l'*usureceptio* de la chose mancipée *sub fiducia* ferait plutôt admettre que l'ancien propriétaire eût, après la vente, mais avant la livraison du fonds, désintéressé l'État, ou remboursé l'acheteur de son prix d'achat, Cf. Fr. 9, D., *de rescindenda vendit.*, 18, 5. Dès lors il se trouve, en effet, dans la même position que le débiteur qui a payé la créance pour laquelle il avait *sub fiducia* mancipé sa chose, et il aura besoin de l'usucapion pour en réacquérir le *dominium ex jure Quiritium*.

[73] A ces cas mentionnés par GAIUS, II, 52-61, comme des exceptions à la règle d'après la-

§ 197. *De la longi temporis præscriptio.*

L'usucapion n'était point applicable aux *peregrini* ni aux fonds provinciaux. Mais nous trouvons dans les provinces une institution qui produisait de fait des effets plus ou moins analogues. C'est le principe de la *præscriptio temporalis* appliqué à la revendication. Si quelqu'un avait possédé un immeuble pendant longtemps, le préteur ou le proconsul le maintenait dans cette possession, en lui donnant contre toute revendication possible une *exceptio temporalis*, appelée *præscriptio longi temporis*. Le *longum tempus*, qui, dans le principe, n'était peut-être pas de même durée dans les diverses provinces, fut par la suite fixé d'une manière uniforme à dix ans *inter præsentes*, c'est-à-dire quand le demandeur et le défendeur habitaient la même province, et à vingt ans *inter absentes*, quand ils demeuraient dans des provinces différentes [74].

Originairement cette prescription ne donnait, à la vérité, qu'une sécurité de possession, *securitas possessionis*, et non pas la propriété [75], mais il paraît que la pratique chercha à l'assimiler de plus en plus à l'usucapion, ce qui était d'autant plus facile qu'elle n'était point régie par des lois positives. Aussi s'habitua-t-on à exiger de la part de celui qui voulait s'en prévaloir des conditions qui ne différaient guère de celles requises pour l'usucapion, savoir :

1) Possession continue, *diutina possessio*.

2) Acquisition de la possession en vertu d'un juste titre et de bonne foi, *justum initium possessionis*. Il est probable que dans le principe la *præscriptio longi temporis* n'était pas admise sans restriction quand le possesseur avait acquis à titre lucratif [76].

quelle on ne peut usucaper des choses qu'on sait apportenir à autrui, on pourrait ajouter : 1° l'usucapion de la *femme*, que le mari accomplit par la possession d'un an (ci-après, t. III, § 419), 2° le cas de *res mancipi* aliénées par une femme sans assistance de son tuteur, et dans lequel l'usucapion était permise *propter Rutilianam constitutionem*, comme nous le lisons dans les *Vaticana fragmenta*, 1. — Nous verrons ci-après, § 199, note 23, que même le droit de Justinien admet un cas d'usucapion sans bonne foi.

[74] On a agité la question de savoir si la *longi temporis præscriptio* est d'origine prétorienne, ou s'il a été créé par les empereurs. Il est probable que l'institution se trouvait dans les mœurs et dans les lois des peuples soumis aux Romains, et que c'est à ce titre que les gouverneurs la recevaient dans leurs édits provinciaux. Dans nos sources, elle se trouve pour la première fois mentionnée par Javolenus, Fr. 21, D., *de usurpat.*, 41, 3. Le délai uniforme de dix et vingt ans doit évidemment son origine aux constitutions impériales, et nous trouvons encore dans nos ouvrages de droit plus d'une trace d'autres délais. Fr. 16, § 3, D., *qui, et a quibus manumissi*, 40. 9. - L. 3, Th. C., *de liberali causa*, 4. 8. - L. 1, C., *de l. t. præscr. quæ pro libertate*, 7, 22. - Cf. Paul, V, 5 *a*, 8.

[75] Fr. 5, § 1. Fr. 12, D., *de diversis tempor. præscr.*, 44, 3. - L. 7, C., *quibus non objicitur*, 7, 35. - L. 1. 2, C., *si adv. credit.*, 7, 36. - L. 7, C., *de præscr. XXX vel XL ann.*, 7, 39.

[76] Paul, V, 2, 4. - L. 2. 4 5. 8. 9. 11, C., *de præscr. longi temp.*, 7, 33. - L. un. C., *de usucap. transform.*, 7, 31.

3) Bientôt on excluait les choses volées de la *præscriptio longi temporis* [77]. Elle ne souffrit originairement, d'application qu'aux fonds provinciaux; par la suite, des constitutions impériales l'étendirent aux choses mobilières et aux fonds italiques [78].

Sauf le délai et quelques détails, ce n'est donc guère que par les effets que ces deux institutions différaient dans les derniers temps de l'Empire, et encore cette différence n'était pas très-sensible au point de vue pratique [79]. En effet, il importe peu que nous disposions d'une chose à titre de propriétaire ou à titre de possesseur, pourvu que dans ce dernier cas nous soyons protégé contre les attaques qui peuvent être dirigées contre notre possession. Dans un seul cas, à la vérité, le possesseur pouvait regretter de n'avoir point la revendication de la chose qu'il avait prescrite, savoir, lorsqu'il en avait perdu la possession, et qu'elle avait passé dans les mains d'un tiers qui fût également possesseur de bonne foi ou même le propriétaire originaire de la chose. Cependant, tout nous autorise à croire que même dans ce cas on lui donnait l'action Publicienne, et qu'il avait le droit de repousser, au moyen de la *replicatio longi temporis*, l'*exceptio dominii* que le défendeur aurait pu lui opposer [80]. Dès lors, on le sent, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour assimiler entièrement la *longi temporis præscriptio* à l'usucapion. A cet effet, il fallait donner directement une action réelle et absolue à celui qui de fait pouvait déjà obtenir le même résultat par voie détournée au moyen d'une réplique.

Justinien réalisa cette réforme législative [81], en fondant les deux institu-

[77] Fr. 43, pr. D., *de usurpat.*, 41, 3. - L. 1, C., *de servo fugitivo*, 6, 1.

[78] MARCIANUS, Fr. 9, D., *de diversis temp. præscr.*, 44, 3. « Rescriptis quibusdam Divi Magni Antonini cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit præscriptione diutinæ possessionis. » — L. 3, C., *quibus non objicitur l. t. præscriptio*, 7, 33. (DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS NUMIDIO CORRECTORI ITALIÆ.)

[79] Ces différences consistaient particulièrement en ce que l'usucapion n'éteignait pas les hypothèques dont la chose possédée était grevée, tandis que la *l. t. præsc.* avait pour effet de les paralyser. Fr. 44, § 3, D., *de usurpat.*, 41, 3. - Fr. 12, D., *de div. temp. præscr.*, 44, 3. *Voy.* encore ci-après, § 201 et § 234.

[80] L. 8, pr. C., *de præscr. XXX vel XL ann.*, 7, 39. « Si quis emtionis... ... titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis præscriptionem contra dominum ejus... sibi acquisierit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus. *Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* » — Arg. Fr. 28, D., *de noxal. act.*, 9, 4. « Et generaliter, si alieni servi nomine, qui tibi justam servitutem serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxæ dederis, sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali... eum summovere possum; *sive ipse possideat, Publiciana mihi datur : et adversus excipientem, si dominus ejus sit, utilem mihi replicationem doli mali profuturam : ... quoniam... justam causam possidendi habeo.* » Cf. Fr. 10, pr. D., *si servitus vindicetur*, 8, 5.

[81] Réforme qui paraît déjà avoir été entreprise par Alaric, à en juger des *Sentences* de PAUL, qui nous ont été conservées par la *lex romana Visigothorum*, et dans lesquelles le titre qui porte l'inscription *De usucapione*, V. 2, s'occupe également de la *longi temporis præscriptio.*

tions en une seule, qu'il compléta au moyen de la *longissimi temporis præscriptio*, que Théodose II avait créée un siècle auparavant [82].

§ 198. *Législation de Justinien.*

Du temps de Justinien, tous les sujets de l'Empire étaient citoyens romains, et avaient la capacité personnelle d'usucaper. Mais, d'un autre côté, depuis les invasions des barbares, le nombre des fonds italiques, qui seuls étaient susceptibles de l'usucapion, était fort restreint. Il en résultait que l'usucapion était d'une application générale pour les choses mobilières, tandis qu'elle n'avait guère lieu pour les immeubles, à l'égard desquels les possesseurs devaient se servir de la *longi temporis præscriptio*.

Pour fondre ensemble les deux institutions, Justinien prit donc les mesures suivantes. Il appliqua d'abord à l'usucapion des immeubles le délai et jusqu'au nom de la *longi temporis præscriptio*. Ensuite, l'empereur offrit, comme moyen d'acquisition, à ceux qui ne pouvaient se prévaloir ni de l'usucapion ni de la *longi temporis præscriptio*, la prescription de trente ou quarante ans, qui devait produire les effets de l'usucapion, quand la possession était de bonne foi. Dans le cas contraire, elle ne devait être qu'une simple exception, c'est-à-dire qu'elle ne devait servir qu'à repousser la revendication, sans donner aucun droit à celui qui s'en prévaudrait. Enfin, pour établir une proportion plus convenable il porta à trois ans le délai d'usucapion pour les meubles, qui autrefois n'avait été que d'un an [83].

Le système de Justinien se présente donc comme suit :

1° Celui qui de bonne foi, et en vertu d'un juste titre, possède une chose susceptible d'être usucapée pendant trois ans, si elle est mobilière, pendant dix ou vingt ans, si elle est immobilière, en acquiert la propriété par *usucapio* ou *longi temporis præscriptio*.

2° Celui qui, sans réunir toutes les conditions indiquées, possède de bonne foi une chose pendant trente ans, en acquiert la propriété par *longissimi temporis præscriptio*.

3° Celui qui ne possède pas de bonne foi peut encore, après trente ans, opposer la *longissimi temporis præscriptio*; mais, dans ce cas, elle n'a point

[82] Le terme *longissimi temporis præscriptio* ne se rencontre pas comme terme technique, mais nous croyons pouvoir nous en servir pour remplacer la locution embarrassante de *præscriptio XXX vel XL annorum*.

[83] Voici dans l'ordre chronologique les diverses constitutions par lesquelles Justinien réalisa ces réformes : L. 8, C., *de præscriptione XXX vel XL annorum*, 7, 39, probablement de l'an 528. — L. un. C., *de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*, 7, 31 de l'an 531. - L. un. C., *de nudo jure Quiritium tollendo*, 7, 25 et L. 12, C., *de præscr. longi temporis*, 7, 33, de la même année.

pour effet de lui donner la propriété de la chose possédée; elle lui sert simplement comme exception à l'effet de repousser la revendication.

Observation. On a l'habitude de donner le nom de prescription acquisitive au mode d'acquérir dont nous traitons ici, en opposition à la *præscriptio temporalis*, dont il a été question dans les §§ 145-148, et qu'on désigne par le nom de prescription extinctive. Nous croyons utile de réserver le nom de prescription à cette dernière, et d'employer de préférence le mot *usucapio* quand il s'agit de l'acquisition de la propriété par possession continue. En effet, les termes pris dans cette acception ont l'avantage de rappeler l'origine et la nature particulière de chacune de ces deux institutions. Nous appellerons usucapion ordinaire celle qui s'accomplit par le laps de trois et de dix ou vingt ans, et extraordinaire celle qui exige une durée plus longue.

§ 199. *Conditions requises pour l'usucapion ordinaire.*

A. *Res habilis,* une chose susceptible d'être usucapée. — En général, toute chose qui est dans le commerce peut être acquise par l'usucapion ordinaire[84]. Il y a cependant plusieurs exceptions, savoir : 1) les choses volées, *res furtivæ*[85]. Il va sans dire que le voleur ne peut point les usucaper, car il n'a ni juste titre ni bonne foi; mais les tiers acquéreurs, même de bonne foi, ne peuvent non plus en acquérir la propriété par usucapion[86]. Le vice

[84] Il est évident que les choses hors du commerce ne peuvent point être acquises par la possession la plus longue. Gaius, II, 58. - § 1, I., *de usucap.*, 2, 6. - Fr. 9. Fr. 45, pr. D., *de usurp. et usucap.*, 41, 3.

[85] *Voy.* ci-dessus, § 196, notes 52 sqq., et Gaius, II, 45, 49, 50. - § 2-6. I., *h. t.*, 2, 6. Fr. 4, § 22. 23. 28, D., *h. t.*, 41, 3. — Nos sources contiennent de nombreuses décisions sur la question de savoir si, dans un cas donné, une chose doit être considérée comme *furtiva*; par exemple : Fr. 20, § 1, D., *de furtis*, 47, 2 (Cf. Fr. 5, D., *pro emtore*, 41, 4). - L. 12 in f. C., *de furtis*, 6, 2. - L. 1. 7, C., *de usuc. pro emtore*, 7, 26. - L. 2, C., *de usuc. pro donato*, 7, 27. - L. un. C., *de usucap. transform.*, 7, 31. — Pour les fruits d'une chose volée, *voy.* Fr. 4, § 15, 19. Fr. 10, § 2. Fr. 33, pr. Fr. 44, § 2, D., *h. t.* - Fr. 9. 10, D., *pro emtore*, 41, 4. - Fr. 4, § 2, D., *pro suo*, 41, 10. - Fr. 48, § 5, D., *de furtis*, 47, 2.

[86] C'est pourquoi l'usucapion des choses mobilières est en général très-difficile : car toute aliénation d'une chose d'autrui, faite par quelqu'un qui agit avec connaissance de cause, constitue un vol, quand même l'acquéreur serait de bonne foi. Gaius, II, 50. « Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessori usucapio competat, quia, qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam, vel apud eum depositam, existimans eam esse hereditariam, vendiderit aut donaverit, furtum non committit : item, si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit. *Furtum enim sine affectu furandi non committitur*. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat, ut a possessore usucapiatur. » *Voy.* aussi Paul, V, 2, 5. - § 3. 6. I., *h. t.*, 2, 6. - Fr. 5. 7, D., *mandati*, 17, 1. - Fr. 36, pr. D., *h. t.* - Fr. 4, D., *pro legato*, 41, 8. - Fr. 4, D., *pro derelicto*, 41, 7.

inhérent à ces choses n'est purgé que lorsqu'elles sont revenues au pouvoir de leur maître [87]. 2) Les immeubles dont le propriétaire a été expulsé par violence, *res vi possessæ* [88]. Justinien, cependant, a restreint cette incapacité au premier acquéreur de bonne foi; de sorte qu'un tiers qui de bonne foi, acquiert de ce dernier, peut dans le droit nouveau se prévaloir de l'usucapion [89]. 3) Les immeubles qu'un possesseur de mauvaise foi aurait aliénés à l'insu du propriétaire [90]. 4) L'espace qui sert de limite entre deux champs [91]. 5) Les choses dont l'aliénation est défendue par la loi [92]. Dans cette catégorie doivent être rangées les choses litigieuses aliénées [93], les immeubles dotaux pendant la durée du mariage et aussi longtemps que la femme est légalement empêchée d'en poursuivre la restitution [94]; les biens des enfants sous puissance paternelle, *peculium adventitium*, pendant que dure cette puissance [95]; ainsi que les biens des pupilles et des mineurs aliénés sans observation des formalités prescrites [96]. 6) Les choses léguées que l'héritier chargé du legs aliène au mépris de la défense du testateur, ainsi que les choses que le tuteur d'un héritier impubère aliène contrairement à la volonté du testateur [97]; 7) les biens du fisc et du prince [98]; 8) les immeubles des églises, des établissements de bienfaisance et des communes [99].

[87] § 8, I., *h. t.*, 2, 6. - Fr. 4, § 6. Fr. 24, § 1, D., *eodem*, 41, 3. - Fr. 215, D., *de verb. sign.*, 50, 16. — Diverses décisions se trouvent : Fr. 4, § 7-14. 21. Fr. 41, 42. 49, D., *h. t.* - Fr. 7, § 3. 7, D., *pro emtore*, 41, 4. - Fr. 20, § 1. Fr. 58, § 4. Fr. 84 (86), D., *de furtis*, 47, 2.- L. 10. 12, C., *eodem*, 6, 2. - L. 6, C., *de usucap. pro emtore*, 7, 26.

[88] *Voy.* ci-dessus, § 193, notes 26. 27, et Gaius, II, 45. - § 2. 7, I., *h. t.* - Fr. 4, § 22. 25, D., *eodem*. — Le vice provenant de la possession violente est purgé, si la chose rentre au pouvoir du propriétaire. § 8, I., *h. t.* - Fr. 4, § 26. Fr. 33. § 2. D., *eodem*. - Fr. 84 (86), D., *de furtis*, 47, 2. - Fr. 6, D., *vi bon. rapt.*, 47, 8. - L. 5, in f. C., *de usucap. pro emtore*, 7, 26. *Voy.* aussi Fr. 6, § 3, D., *de precario*, 43, 26.

[89] *Nov.* 119, c. 7.

[90] *Nov.* 119, c. 7. - Auth., *Malæ fidei possessore*, C., *de præscr. longi temp.*, 7, 33.

[91] *Voy.* ci-dessus, § 181, note 68; § 198, note 50, et ci-après, t. II, § 360.

[92] Arg. Fr. 28, pr. D., *de verb. sign.*, 50, 16. « Alienationis verbum etiam usucapionem continet : vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi... » — Fr. 12, § 4, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2. « Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Prætor tuetur, ne contra leges faciat. »

[93] *Voy.* ci-dessus, § 141, note 95, et L. 2. 4, C., *de litig.*, 8, 37.- Cf. L. 1, C., *de præscr. l. t.*, 7, 33.

[94] Fr. 16, D., *de fundo dotali*, 23, 5. - L. 30, C., *de jure dotium*, 5, 12. *Voy.* ci-après, t. III, § 392.

[95] L. 1, C., *de bonis maternis*, 6, 60. - L. 4 in f., C., *de bonis quæ liberis*, 6, 61. - L. 1, § 2, C., *de annali exceptione*, 7, 40. - *Nov.* 22. c. 24. Cette novelle étend encore les priviléges déjà consacrés par les lois antérieures.

[96] *Voy.* sur cette question, fortement controversée, ci-après, t. III, §§ 427. 428. 437.

[97] L. 3, § 2. 3, C., *communia de legatis*, 6, 43. - L. 2, C., *de usucap. pro emtore*, 7, 26.

[98] § 9, I., *h. t.* - Fr. 18, 24, D., *eodem*. - L. 13, Th. C., *de jure fisci*, 10, 1. - L. 2, J. C., *communia de usucapionibus*, 7, 30. - Tit. C., *ne rei dominicæ vindicatio*, 7, 38. - L. 6, 14, C., *de fundis patrim.*, 11, 61. - L. 2, C., *de fundis et saltibus rei dominicæ*, 11, 66.

[99] *Nov.* 111, c. 1. - *Nov.* 131, c. 6. — Fr. 9. D., *h. t.* - L. 2, C., *ne rei dominicæ vindicatio*, 7, 38. — *Voy.* aussi ci-dessus, § 46, note 27.

9) les matériaux qui ont été employés dans une construction par le non-propriétaire, aussi longtemps que la construction subsiste[100]; 10) enfin les cadeaux reçus par un magistrat, en contravention à la loi *Julia repetundarum*, tant qu'ils ne sont pas revenus au pouvoir de celui qui les a donnés ou de ses héritiers[1].

B. Possession de la chose, le mot pris dans le sens juridique : pouvoir physique acquis et exercé *animo domini*[2]. L'on ne peut donc usucaper les choses qui ne sont pas susceptibles d'être possédées[3]; ensuite, l'on doit avoir le conscience de la chose qu'on détient[4]. Cette dernière considération est surtout importante, quand il s'agit d'un ensemble de choses. Si les différents corps qui composent cet ensemble ont chacun une existence séparée, on exige que les conditions requises par l'usucapion se trouvent accomplies à l'égard de chacune de ces choses[5]. C'est ce qui a fait dire qu'on ne peut point usucaper une *universitas rerum*[6]. Il n'en est pas de même, si les diverses choses constituent physiquement un corps unique ; car dans ce cas la possession du tout comprend la possession des parties qui y sont contenues[7]. Cette règle subit cependant des modifications quand il s'agit de matériaux de construction employés dans un bâtiment[8].

C. Bonne foi, *bona fides*. Il faut que la possession ait été acquise de bonne foi ; en d'autres termes, celui qui veut se prévaloir de l'usucapion doit avoir eu la conviction d'acquérir la propriété au moment où il a pris possession de la chose[9]. La bonne foi est donc basée sur une erreur, qui

[100] *Voy.* ci-dessus, § 147, note 44; § 188, note 67, et Fr. 7, § 11, D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. - Fr. 23, § 2, D., *h. t.*

[1] Fr. 8, D., *de lege Julia repetundarum*, 48, 11. Cf. Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[2] Fr. 13. 22, D., *h. t.* - L. 1, C., *commun. de usuc.*, 7, 30. - L. 3, C., *in quibus causis cessat l. t. præscriptio.*, 7, 34.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 167, n° 1.

[4] Fr. 3, § 2. 3. Fr. 26, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 32, § 2, D., *h. t.* - Fr. 4, D., *pro emtore*, 41, 4.

[5] Fr. 30, pr. in f. § 2, D., *h. t.* - Fr. 4, D., *pro emtore*, 44, 4 - Fr 6, § 1, D., *eodem.* « Si ex decem servis quos emerim aliquos putem alienos, et, qui sint sciam, reliquos usucapiam. Quod si ignorem qui sint alieni, neminem usucapiam. » - Fr. 43, D., *de acq. poss.*, 41, 2.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 117, note 44, et surtout Fr. 30, § 2, D., *h. t.*

[7] Fr. 23, pr. D., *h. t.* — Il en serait autrement si pendant le temps de l'usucapion l'une des choses avait été séparée de l'ensemble (Fr. 23, pr. § 2, D., *h. t.*), ou bien y avait été ajoutée. C'est de ce dernier cas que traite le Fr. 30, § 1, D., *h. t.*, dont l'explication présente des difficultés extrêmes.

[8] Fr. 23, § 7, D., *de rei vindicatione*, 6, 1. - Fr. 7, § 11, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[9] Fr. 32, § 1, D., *h. t.* - L. 2, 9. 11. C., *de præscr. longi temp.*, 7, 33. - L. 8, pr. § 1, C., *de præscr. XXX vel XL ann.*, 7, 39. — Quand la possession s'acquiert par un représentant, c'est la conviction du maître qui décide ; celle du représentant est indifférente, excepté lorsque l'acquisition se fait par le représentant à l'insu du maître, auquel cas il y a lieu de renverser la règle donnée. Fr. 22, § 3-5, D., *de liberali causa*, 40, 62. - Fr. 31, § 3. Fr. 47, D., *de acq. poss.*, 41. 2. - Fr. 43, § 1, D., *h. t.* - Fr. 2, § 10-13. Fr. 7, § 8. Fr. 11, D., *pro emtore*, 41, 4.

nous fait croire que l'acte par lequel nous nous mettons en possession nous donne la propriété. Cette erreur portera, dans la plupart des cas, sur le droit de celui qui nous transmet la chose et que nous croyons à tort propriétaire de la chose et capable d'aliéner [10]. Elle peut aussi provenir de ce que le mode d'acquisition en vertu duquel nous nous mettons en possession contient à notre insu un vice qui, dans l'espèce, nous empêche de devenir propriétaire [11]. Dans tous les cas, pour que notre erreur puisse nous donner le droit d'usucaper, il faut qu'elle ne soit pas la suite d'une coupable négligence, ou, comme on dit ordinairement, qu'elle soit excusable [12]. Considérée sous ce point de vue, la base de la bonne foi est donc quelque chose de négatif, savoir : l'erreur ou l'ignorance de l'obstacle qui nous a empêché de devenir propriétaire ; mais elle n'en contient pas moins un élément positif. C'est la conviction d'être propriétaire que nous devons avoir nécessairement. Il en résulte que nous ne pouvons point usucaper, si nous doutons de notre droit [13]. — Au reste, il suffit que nous ayons acquis la possession de bonne foi [14] : si par la suite nous venons à avoir des doutes sur notre droit, ou même à obtenir la certitude que la chose appartient à un autre, ce changement, survenu depuis l'acquisition, ne nous empêchera point d'accomplir l'usucapion. *Mala fides superveniens non nocet* [15].

[10] Gaius, II, 43. - Pr. 1., *h. t.*, 2, 6. - Fr. 109, D., *de verb. signif.*, 50, 16. - Cf. Fr. 27, D., *de contrah. emt.*, 18, 1; Fr. 2, § 1, 15. 16. Fr. 6, § 1. Fr. 7, § 5, D., *pro emtore*, 41, 4. - *Voy.* aussi ci-dessus, § 196, note 58, et l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[11] Par exemple : Occupation d'une chose que nous croyons abandonnée par son maître. Tit. D., *pro derelicto*, 41, 7. — Prise de possession d'un legs auquel nous n'avons pas droit, ci-après, note 21.

[12] Faisons observer qu'en général l'*erreur de droit* n'est point excusable, tandis que l'*erreur de fait* peut l'être, à moins qu'elle ne provienne d'une négligence coupable. Fr. 4, D., *de juris et facti ignor.*, 22, 6. « Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse : facti vero ignorantiam prodesse constat. » - Fr. 31, pr. Fr. 12, § 1. Fr. 44, § 4, D., *h. t.*, 41, 3. - Fr. 2, § 2. 15. D., *pro emtore*, 41, 4. - Fr. 45, § 1, 2, D., *de acq. poss.*, 41, 2. *Voy.* pour les détails ci-après, t. II, § 285.

[13] Fr. 9, § 2. D., *de juris et facti ignor.*, 22. 6. Cf. Fr. 45. pr. D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 3, § 1. Fr. 44, § 4, D., *h. t.* - Fr. 2, § 2. Fr. 6, § 1. Fr. 14, D., *pro emtore*, 41, 4.

[14] Quand la chose est acquise en vertu d'un contrat de vente, la bonne foi doit exister non-seulement au moment de la tradition, mais encore au moment du contrat, bien que le temps ne commence à courir qu'à partir de la tradition. Fr. 7, § 16, 17, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2. - Fr. 10 pr. Fr. 15, § 3. Fr. 48, D., *h. t.* - Fr. 2 pr. Fr. 7, § 4, D., *pro emtore*, 41. 4. La raison en est peut-être que la *causa possessionis* existe séparément de la prise de possession, tandis que dans les autres cas la *causa possessionis* et l'apprehension se confondent ordinairement dans le même acte. Dans le droit nouveau, la donation et la promesse de dot se trouvent sous ce rapport assimilée à la vente (ci-après, t. II, §§ 334. 335 vers la fin et § 337, t. III, § 392), et il faudrait dès lors y appliquer la même règle.

[15] § 12, I., *h. t.* - Fr. 48, § 1, D., *de acq. rer. dom*, 41, 1. - Fr. 15, § 2, D., *h. t.* - Fr. 2, § 13, 19. Fr. 7, § 4, D., *pro emtore*, 41, 4. - Fr. 11, in f. D., *de divers. temp. præscr.*, 44, 3. — L. un. C., *de usucap. transform.*, 7, 31. « Ut in omnibus... justa detentio... non interrumpatur ex posteriore forsitan alienæ rei scientia, licet ex titulo

D. Juste titre, *justa causa* ou *justus titulus possessionis* [16]. Il faut que la possession ait été acquise en vertu d'un juste titre, c'est-à-dire en vertu d'un acte qui, en thèse générale, est propre à donner la propriété, quoique dans l'espèce il y ait un obstacle qui empêche cette acquisition [17]. Ordinairement, cet obstacle proviendra de ce que celui qui nous fait tradition d'une chose n'en est pas le propriétaire, ou de ce qu'il n'a pas le droit de l'aliéner. Il peut se faire aussi qu'une chose que nous croyons *res nullius* ne le soit réellement pas, et que par conséquent l'occupation que nous en faisons ne nous en donne pas la propriété. Enfin d'autres causes peuvent vicier notre acquisition, comme nous l'avons déjà indiqué [18]. Dans tous les cas, nous devons ignorer l'existence de l'obstacle qui vicie notre acquisition ; car autrement la bonne foi nous manquerait. Le juste titre et la bonne foi sont donc intimement liés; le titre est l'acte extérieur qui justifie la possession et motive la bonne foi. — Il s'ensuit qu'il y a autant de titres d'usucapion qu'il y a d'actes juridiques, à la suite desquels la tradition, ou en général la prise de possession peut donner la propriété de la chose appréhendée. Nos sources mentionnent spécialement les titres suivants : *pro emtore*, lorsque j'ai acheté de quelqu'un qui n'était pas propriétaire, ou qui n'était pas capable d'aliéner [19]; *pro donato*, lorsque quelqu'un m'a donné une chose qui ne lui appartenait pas [20]; *pro legato*, lorsque j'ai reçu comme legs une chose qui n'appartenait pas à celui qui me la donnait, ou que je l'ai reçue en vertu d'une disposition vicieuse [21]; *pro dote*, lorsqu'on a

lucrativo ea cœpta est. » — Le droit canon a consacré le principe contraire en exigeant la bonne foi pendant toute la durée de la possession. Cap. 5. 20, X, *de præscriptionibus*, 2, 26.

[15] Justa causa possessionis. Pr. I., *h. t.*; L. 8, C., *de usucap. pro emtore*, 7, 26. — Titulus usucapionis. Fr. 1, pr. D., *pro dote*, 41, 9. — Justus titulus, justus titulus possessionis. L. 24, C., *de rei vindic.*, 3, 32; L. 8, C., *ne de statu defunct.*, 7, 21; L. un., § 3, C., *de usucap. transf.*, 7, 31; L. 4, C., *de præsc. longi temp.*, 7, 33. — Justa causa possessionis. L. 8, C., *de usucap. pro emtore*, 7, 26; Pr. I., *de usucap.*, 2, 6. — Titulus usucapionis. Fr. 1, pr. D., *pro dote*, 41, 9.

[17] Titulus quo dominia quæri solent. L. 6, C., *de ingen. manum.*, 7, 14, ou Titulus ad transferendum (acquirendum) dominium, comme disent les modernes. Le *titulus* nécessaire pour l'usucapion est la cause par laquelle nous pouvons croire être légalement autorisé à nous mettre en possession avec *animus domini*. « *Τίτλος δέ ἐστιν ἡ τῆς διακατοχῆς αἰτία.* » Théophile, ad § 3, I., *de interdictis*, 4, 15. - Cf. Fr. 2, § 2, D., *pro emtore*, 41, 4. - Fr. 1, § 2, D., *pro dote*, 41, 9.

[18] *Voy.* ci-dessus, notes 9 sqq.

[19] Tit. D., *pro emtore*, 41, 4. - Tit. C., *de usucapione pro emtore vel transactione*, 7, 26.

[20] Tit. D., *pro donato*, 41, 6.- Tit. C., *de usucapione pro donato*, 7, 27. — Il y a des particularités pour les donations entre époux, genre de libéralité qui en général est défendu par la loi, mais qui dans certains cas peut servir de base à l'usucapion. Fr. 1, § 2, D., *pro donato*, 41, 6. - Fr. 3, D., *eod.* - Fr. 25. 44, D., *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1. *Voy.* ci-après, l. III, § 398.

[21] Tit. D., *pro legato*, 41, 8. — Pour les deux cas que nous avons indiqués, *voy.* Fr. 4, D.,

donné au mari la chose d'autrui comme dot [22]; *pro soluto*, lorsqu'on m'a donné en payement la chose d'autrui, ou une chose qui ne m'était pas due [23]; *pro herede*, lorsque je possède des objets d'une succession, croyant à tort être héritier [24]; *pro derelicto*, lorsque je me suis emparé d'une chose

h. t. « Pro legato potest usucapi, *si res aliena legata sit*, aut testatoris quidem sit, sed *ademta codicillis ignoratur :* in horum enim persona subest justa causa quæ sufficit ad usucapionem. Idem potest dici, et *si in nomine erit dubitatio :* veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit. » - Fr. 9, D., *eod.* « Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est : sed et *si non jure legatum relinquatur*, vel *legatum ademtum est*, pro legato usucapi *post magnas varietates obtinuit.* » Ce dernier fragment est d'Hermogénien. Cf. Fr. 7, D., *eodem.* « Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est : quia ea possessio ex jure testamenti proficiscitur. — L'*usucapio pro legato* a lieu, au reste, non-seulement quand la chose léguée nous a été remise par celui qui était chargé du legs, mais aussi quand nous nous mettons, de notre propre autorité, en possession de la chose léguée, pourvu que notre appréhension ne se fasse pas d'une manière injuste. Fr. 8, D., *eodem.* « Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatæ rei usucapio competit. » — *Voy.* au reste ci-après, t. III. §§ 501. 506.

[22] Tit. D., *pro dote*, 41, 9. - Tit. C., *de usucap. pro dote*, 7, 28. — *Voy.* au reste ci-après, t. III, § 392.

[23] Fr. 33, § 3. Fr. 46. 47. 48, D., *h. t.* — On peut y ajouter : *pro noxæ dedito.* Fr. 3, § 21, D., *de acq. poss.* - Fr. 6, D., *de Publ. act.*, 6, 2 et Fr. 28, D., *de noxalibus actionibus*, 9, 8. Ce dernier texte est intéressant, parce qu'il nous montre un exemple d'usucapion sans bonne foi dans le droit de Justinien.

[24] Fr. 33, pr. § 1, D., *h. t.* « Non solum bonæ fidei emtores, sed et omnes qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet... usu suum faciunt... § 1... Hoc amplius, si justam causam habuerit existimandi, se heredem... domino extitisse, fundum pro herede possidebit, nec causam possessionis sibi mutare videbitur. » C'est là le seul cas d'usucapion *pro herede* qui puisse se rencontrer dans le droit nouveau. Pour nous en convaincre, rappelons-nous d'abord que l'usucapion *de la succession entière comme telle* n'est point admise (Gaius, II, 54). Or, la possession de *choses déterminées* pourrait se présenter de trois manières. 1° Nous possédons comme héritier des choses qui se trouvent dans la succession, mais qui n'appartiennent pas au défunt. Dans ce cas, si le défunt les détenait pour autrui, nous ne pouvons point usucaper, *quia nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Il en est de même si le défunt était de mauvaise foi (*voy.* ci-après, les notes 43 sqq.). Si le défunt lui-même possédait déjà *ad usucapionem*, nous pourrons à la vérité accomplir l'usucapion et acquérir la propriété; mais ce ne sera pas une *usucapio pro herede*, car nous ne faisons que continuer la possession de notre auteur, et notre acquisition se fera au même titre : *pro emtore, pro soluto, pro donato*, etc. Arg. Fr. 19, § 1, D., *de heredit. petit.*, 5, 3. - Fr. 24, § 1, D., *h. t.* L. ult. C., *de usucap. pro herede*, 7, 29. L. 4, C., *de præscr. longi temp.*, 7, 33. — 2° Nous nous mettons en possession d'une chose que nous croyons à tort appartenir à la succession. Dans ce cas, il y aura lieu à l'usucapion, pourvu qu'il y ait bonne foi; mais la possession est *pro suo* et non pas *pro herede.* Ce qui a pu faire croire le contraire, c'est qu'un fragment de Pomponius, qui traite de ce cas, se trouve être le troisième dans le titre du Digeste *pro herede*, 41, 3. Mais cette circonstance ne peut nous autoriser à violer les principes qui découlent de la nature des choses, pas plus que le Fr. 3, § 4, D., *de acq. poss.*, 41, 2, qui paraît contraire à la théorie que nous avons exposée au n° 1. Enfin, 3°, nous nous mettons en possession de biens héréditaires, étant convaincus que nous sommes héritiers. C'est là le cas que nous avons indiqué comme étant la seule espèce d'*usucapio pro herede* du droit nouveau. On voit que c'est le même principe qui régissait l'ancienne usucapion *pro herede*, sauf que la bonne foi est de rigueur. *Voy.* au reste sur toute cette matière, ci-dessus § 196, notes 62 sqq., Gaius, II, 52-58. - Fr. 33, § 1, D., *h. t.* - Tit. D., *pro herede*, 41, 5; Tit. C., *de usucap. pro herede*, 7, 29, et ci-après, t. III, §§ 440. 452. 480. 487.

abandonnée par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire [25]; enfin le titre *pro suo*, qui comprend tous les cas dans lesquels je puis, pour une raison quelconque, croire que j'acquiers la propriété en prenant possession d'une chose [26]. A ces titres nominativement indiqués dans nos sources, il faut ajouter diverses autres hypothèses qui y sont mentionnées sans dénomination spéciale, comme lorsque nous avons été mis en possession d'une chose par suite d'un jugement définitif [27], ou lorsque nous avons reçu une chose en exécution d'une transaction ou par toute autre cause analogue [28]. — Le juste titre supposant un acte pouvant servir de cause légale [29] à la possession *animo domini*, il n'y a pas d'usucapion possible, quand il n'y a point d'acte ou que l'acte est nul dès le principe [30]. Cependant nous trouvons dans nos lois de nombreuses dérogations à la rigueur de cette règle, dans des cas où la personne qui veut se prévaloir de l'usucapion peut, de bonne

[25] Tit. D., *pro derelicto*, 41, 7. - Fr. 6, D., *h. t.* « Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse. »

[26] Tit. D., *pro suo*, 41, 10. Ce terme désignait sans doute dans le principe particulièrement celui qui possédait une chose comme propriétaire, sans pouvoir l'appeler sienne, *sua ex jure Quiritium*, ci-dessus, § 193, note 31. Dans le droit nouveau, on l'emploie de préférence quand on ne trouve pas d'autre expression plus spéciale. Fr. 15, § 15, D., *de damno inf.*, 39, 2. - Fr. 2, 4, pr. § 1. Fr. 17, D., *h. t.* - Fr. 4, § 2, D., *pro suo*, 41, 10. - Fr. 1, § 2, D., *pro dote*, 41, 9. - Il s'applique cependant également à toute possession quelconque. Fr. 1, pr. D., *hoc titulo*.

[27] Fr. 3 in f. Fr. 5, 7, pr. D., *de Publiciana in rem actione*, 6, 2. - Fr. 17, D., *h. t.* Arg. Fr. 33, § 3, D., *eodem*. — L'existence du *titulus ex causa judicati* est vivement contestée par M. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, pages 464 et suiv. Nous regrettons que l'espace ne nous permette pas de donner une analyse de la remarquable argumentation qui s'y trouve.

[28] A) *Ex transactione*. Fr. 29, D., *h. t.* - L. 8, C., *de usucap. pro emtore*, 7, 26. Cf. Fr. 33, § 3, D., *h. t.* — B) Cession amiable faite dans une revendication, soit par le défendeur, soit par le demandeur qui reçoit l'*estimatio litis*. - Fr. 33, § 3, D., *h. t.* et ci-après, § 204. Fr. 1, D., *pro emtore*, 41, 4, et ci-après, § 205. — C) Prise de possession en vertu d'une *adjudicatio* prononcée à la suite d'une action en partage. Fr. 7, *h. t.* Cf. Fr. 7, D., *de Public. in rem act.*, 6, 2. — D) Envoi en possession *damni infecti causa* en vertu d'un second décret. Fr. 15, § 16. Fr. 44. § 1, D., *de damno inf.*, 39, 2. Cf. Fr. 3, § 23, D., *de acq. poss.*, 41, 2, et ci-après, t. II, § 364. — E) Adjudication d'un esclave noxal qui n'appartient pas au défendeur, ci-dessus, note 23, et t. II, § 366.

[29] A défaut de cause légale, la possession est qualifiée *pro possessore*. Gaius, IV, 144. - § 3, I., *de interdictis*, 4, 15, et Théophile, *ad h. t. Voy.* aussi ci-après, t. III, § 487.

[30] § 11, I., *h. t.* « Error autem falsæ causæ usucapionem non parit. Veluti, si quis, cum non emerit, emisse se existimans, possideat; vel cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione possideat. » - Fr. 27, 48, D., *h. t.* - Fr. 2, pr. § 2, D., *pro emtore*. 41, 4. Cf. Fr. 2, § 6, D., *eodem*. - Fr. 1, pr. D., *pro donato*, 41, 6. - Fr. 6, D., *pro derelicto*, 41, 7. « Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse. » - Fr. 1, 2, 3, D., *pro legato*, 41, 8. - Fr. 7, D., *eodem*. « Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est : quia ea possessio ex jure testamenti proficiscitur. » - Fr. 1, § 4, D., *pro dote*, 41, 9. « Idem (Cassius) scribit, et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit : quod habet rationem. » — L. 4, C., *de usucap. pro herede*, 7, 29.

foi, croire à l'existence et à la validité de l'acte, ou, comme on a l'habitude de dire, quand la possession a été acquise en vertu d'un titre putatif [31].

E. Continuité de la possession pendant le temps voulu par la loi. Ce temps est de trois ans pour les meubles et de dix ans pour les immeubles [32]. Le délai de dix ans est doublé quand celui qui veut usucaper demeure dans une autre province que l'ancien propriétaire, *inter absentes* [33]. Pendant le temps requis la possession doit être continue [34], c'est-à-dire, il faut qu'elle n'ait point été interrompue. Il y a interruption, *usurpatio* toutes les fois que le possesseur perd sa possession, d'après les règles établies aux §§ 172 et 173 [35]. Les commentateurs donnent à une pareille interruption le nom d'*usurpatio naturalis*, et lui opposent l'*usurpatio civilis*, qui aurait lieu, d'après eux, lorsque le possesseur est poursuivi par la revendication. Mais il est inexact de dire qu'une poursuite intentée contre le possesseur interrompt l'usucapion [36] : car il est hors de tout doute que le possesseur continue l'usucapion et qu'il peut l'accomplir, s'il gagne le procès. S'il succombe, le jugement réagit, à la vérité, au moment de l'action intentée ;

[31] Fr. 3. 4. 5, D., *de Publiciana in rem actione*, 6, 2. - Fr. 67, D., *de jure dotium*, 23, 3. - Fr. 25, D., *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1. - Fr. 13, § 1. Fr. 33, § 1. Fr. 44, § 4. Fr. 46. 48, D., *eodem*. - Fr. 2, pr. § 8, D., *pro emtore*, 41, 4. - Fr. 2, § 15. 16, D., *eodem*. « 15. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi : ut hic plus sit in re quam in existimatione. Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu : quia juris error nulli prodest. » - « 16. Si a furioso quem putem sanæ mentis emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla sit emtio... » - Fr. 11, D., *eodem*, ci-après note 55. - Fr. 3, D., *pro herede*, 41, 5. - Fr. 4. 9, D., *pro legato*, 41, 8, ci-dessus note 21. - Fr. 3. 4, § 2. Fr. 5. § 1, D., *pro suo*, 41, 10. - Plusieurs de ces passages sont en contradiction flagrante avec les textes cités à la note précédente, et la faible argumentation de Paul, aux Fr. 48, D., *h. t.* et Fr. 2, D., *pro emtore*, 41, 4 ne saurait concilier ces antinomies ; elle n'en donne pas même une explication tant soit peu suffisante.

[32] L. un. C., *de usucapione transformanda*, 7, 31. - Pr. 1., *h. t.* — A la différence de la prescription des actions, les délais de l'usucapion se comptent *civiliter*, c'est-à-dire que pour accomplir le délai, il suffit d'en avoir atteint le dernier jour. *Dies cœptus pro jam completo habetur.* Fr. 15, pr. D., *de divers. temp. præscript.*, 44, 3. - Fr. 6. 7, D., *h. t.* — *Voy.* ci-dessus, § 125, note 79.

[33] L. 12, C., *de præscriptione longi temporis X vel XXX annorum*, 7, 33. — Si les deux personnes ont demeuré, partie dans la même province, partie dans des provinces différentes, on fait un calcul mixte, en comptant deux années d'absence égales à une année de présence. *Nov.* 19, c. 7. 8.

[34] Tit. D., *de usurpationibus et usucapionibus*, 41, 3.

[35] Fr. 2, D., *h. t.* « Usurpatio est usucapionis interruptio. » - Fr. 5, D., *eodem*. - Fr. 30. D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 5, in f. D., *pro donato*, 41, 6. — Si nous reprenons la possession perdue, nous pouvons commencer une usucapion nouvelle, mais sans tirer aucun parti de celle qui a été interrompue. Fr. 15, § 2, D., *h. t.* - Fr. 7, § 4, D., *pro emtore*, 41, 4.

[36] Il faut cependant rappeler que Justinien a permis d'interrompre l'usucapion d'un absent au moyen d'une protestation faite devant l'autorité compétente, ou devant notaire et témoins. L. 2, C., *de annali exc*, 7, 40. *Voy.* ci-dessus, § 146, note 37.

mais c'est là, comme nous le savons, l'effet général des jugements [38].

La possession étant un fait personnel [39], on devrait, à la rigueur, exiger que celui qui veut se prévaloir de l'usucapion eût possédé lui-même sans interruption pendant le temps requis. Mais on a dérogé à ce principe sévère, en admettant que celui qui a succédé à une autre personne peut, selon les circonstances, ajouter à sa possession le temps de la possession de son auteur [40]. Cette *accessio possessionis* avait été d'abord admise dans deux institutions prétoriennes, savoir l'*interdictum utrubi* et la *præscriptio longi temporis* [41] : elle fut par la suite étendue à l'usucapion [42]. Cette application se faisait aisément et d'une manière absolue à la *successio per universitatem*, parce que le successeur universel est censé continuer la personne de celui à qui il succède [43]. La même raison n'existait pas pour le successeur à titre particulier; cependant, par des motifs d'équité, on lui a par la suite accordé la faculté d'ajouter la possession de son auteur à la sienne [44]. Dans la succession universelle l'accession de la possession est donc une nécessité, tandis qu'à l'égard du successeur à titre particulier elle doit être considérée comme une faveur accordée au possesseur de bonne foi. De cette différence résultent les conséquences suivantes : *a*) Celui qui succède *per universitatem* à un possesseur de bonne foi, acquiert par l'usucapion, quand même il serait de mauvaise foi au moment de la succession [45].

[38] Dans l'ancien droit il y avait cette différence entre l'usucapion et la *l. t. præscr.*, que la première pouvait être accomplie malgré la revendication du propriétaire, pourvu que le temps fût écoulé avant le jugement, tandis que la *l. t. præscr.*, qui était dans le principe une simple exception, était naturellement interrompue par l'action intentée. *Vatic. fragm.*, 12. - Fr. 2, D., *pro herede*, 41, 5. Fr. 2, § 21, D., *pro emtore*, 41, 4; Fr. 2, D., *pro donato*, 41, 6; Fr. 17, in f. Fr. 18, 21, D., *de rei vind.*, 6, 1. - L. 2. 10, C., *de præscr. l. t.*, 7, 33; L. 26, C., *de rei vind.*, 3, 32; L. 2, C., *ubi in rem actio exerc. debet*, 3, 19. — *Voy.* au reste ci-dessus, § 146, nº 3.

[39] *Voy.* ci-dessus, § 172, nºs 1 et 3.

[40] Tit. D., *de diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum*, 44, 3; spécialement Fr. 13, § 12. Fr. 14-16, D., *eodem*.

[41] *Voy.* ci-dessus, § 146, note 31, et § 175, note 33.

[42] §§ 12. 13, I., *h. t.* et THÉOPHILE, *ad h. l.* « ... Divi Severus et Antoninus rescripserunt. » — Fr. 76, § 1, D., *de contrah. emtione*, 18, 1. - Fr. 2, § 20, D., *pro emtore*, 41, 4.

[43] D'après le § 12, I., *h. t.* « Quod nostra constitutio et *similiter in* usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur, » et THÉOPHILE, *ad h. l.*, on pourrait croire que le principe de l'accession ne souffrait point application à l'usucapion avant Justinien; mais le contraire résulte des passages que nous citerons dans les notes suivantes. Il est probable que dans le § 12, I., *cité*, il s'agit de l'usucapion nouvelle, créée par Justinien et qui s'accomplit par le laps de trois ans.

[44] La L. 11, C., *de præscr. l. t.*, 7, 33 ferait supposer que cet avantage n'était d'abord accordé qu'à ceux qui succédaient à titre onéreux.

[45] § 12, I., *h. t.* - Fr. 30, D., *quibus ex causis majores*, 4, 6. - Fr. 23 pr. Fr. 30, § 5, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 20. 24, § 1. Fr. 35, § 1. Fr. 40, 43, pr. D., *h. t.* - Fr. 2, § 2, 18. 19. Fr. 6, § 2. Fr. 7, pr. D., *pro emtore*, 41, 4. - Il est à remarquer que l'usucapion peut même s'accomplir avant que l'héritier ait acquis la succession « quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, et plerumque nondum adita hereditate completur. » Fr. 30,

Mais, d'un autre côté, il ne peut usucaper, même avec bonne foi, si son auteur a commencé la possession de mauvaise foi [46]. *b*) Le successeur à titre particulier qui est de mauvaise foi ne peut jamais se prévaloir de la possession de son auteur de bonne foi [47]. Mais d'un autre côté la mauvaise foi de l'auteur ne nuit point au successeur de bonne foi [48].

Observation. Nous avons exposé, dans le paragraphe qui précède, les conditions requises pour l'usucapion d'après la théorie vulgaire qui distingue comme deux éléments distincts la *bona fides* et le *justus titulus*, et sous l'influence de laquelle se sont développées la plupart des législations modernes. Cette théorie paraît être celle de Justinien, et elle est appuyée de plus d'un témoignage des jurisconsultes classiques [49]. Nous pensons cependant qu'elle s'écarte à la fois de la nature des choses et de l'esprit originaire du droit romain; et si nous l'avons reproduite, c'est uniquement parce que nous n'osions pas, dans une matière aussi importante, remplacer une théorie généralement reçue par un système nouveau, que nous n'étions pas à même de justifier complétement dans tous ses détails. Nous nous permettrons de donner une esquisse rapide de ce système, nous réservant de le motiver ultérieurement, peut-être dans un appendice à ajouter au présent manuel. D'après nous, la possession, pour donner la propriété à l'aide de l'usucapion, doit avoir une *justa causa*, c'est-à-dire que la cause en vertu de laquelle l'acquéreur a pris possession doit être de nature à lui donner la conviction qu'il était autorisé à avoir la chose avec *animus domini*. La bonne foi, c'est-à-dire la croyance d'être propriétaire [50], n'est point une condition particulière qui soit distincte de la *justa causa;* elle en est au contraire un élément habituel, en ce sens que régulièrement, au moins dans le droit nouveau, la possession est sans *justa causa*, si elle n'a pas été acquise de bonne foi [51]. D'un autre côté, il

pr. D., *ex quibus causis majores*, 4, 6. - Fr. 31, § 5, D., *h. t.* - Fr. 7, D., *pro emtore*, 41, 4.

[46] § 12, I., *de usuc.*, 2, 6. - Fr. 25, pr. D., *de usurp.*, 41, 3. - Fr. 11. D., *de div. temp. præscr.*, 44, 3. - L. 3, C., *communia de usucap.*, 7, 30. - L. 11, C., *de acq. poss.*, 7, 32. - L. 4, C., *pro herede*, 7, 29. - Rappelons ici la célèbre règle, d'après laquelle *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Ci-dessus, § 170, note 62.

[47] Fr. 13, §§ 1. 13, D., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 2, § 17, D., *pro emtore*, 41, 4. - L. 1, C., *de præscr. longi temporis*, 7, 33.

[48] Fr. 5, pr. D., *de diversis temporal. præscr.*, 44, 3. - Cf. Fr. 13, § 6 sqq., J., *de acq. poss.*, 41, 2. - Fr. 2, § 16, D., *pro emtore*, 41, 4. - L. un. C., *de usucap. transform.*, 7, 31. - L. 11. C., *de præscr. longi temp.*, 7, 33.

[49] *Voy.* surtout les Pr. I., *h. t.* et les passages cités ci-dessus, note 30.

[50] Faisons observer ici que cette définition que les anciens nous donnent de la *bona fides* s'oppose à ce que l'on en fasse une condition absolue de l'usucapion. On eût été plutôt dans le vrai, si l'on avait dit : la croyance d'être en droit d'avoir la chose *cum animo domini*. Dès lors le terme aurait été applicable à toute usucapion, et l'on n'aurait pas eu besoin d'admettre des cas d'acquisition sans bonne foi. *Voy.* la note suivante.

[51] Nous disons : *régulièrement, au moins dans le droit nouveau.* L'on a vu, en effet, que dans l'ancien droit il y avait plusieurs cas, et que même dans le droit nouveau il y a au

est évident qu'il ne peut y avoir de *justa causa possessionis,* si la cause qui a engagé l'acquéreur à appréhender la chose n'est pas du nombre de celles qui impliquent l'intention légale d'avoir la chose avec *animus domini*. Cette considération très-vraie se trouve dans les textes anciens; mais on a eu plus tard le tort de matérialiser l'idée et d'exiger l'existence d'un *negotium* valable comme condition indispensable de cette intention légale [52], tandis que la possession peut avoir une cause très-juste sans qu'il y ait eu un acte juridique précédent, et que dans beaucoup de cas la *bona fides* s'identifie avec la *justa causa*. Pour résumer le tout dans une formule pratique : Celui qui veut se prévaloir de l'usucapion doit prouver que sa possession a une *justa causa*, c'est-à-dire que la cause en vertu de laquelle il a pris possession était de nature à lui donner la conviction qu'il était autorisé à avoir la chose avec *animus domini*. Il aura, sans doute, fourni cette preuve s'il justifie d'un acte juridique valable qui implique une *justa causa transferendi* ou *acquirendi domini*. Mais il aura également satisfait à ce devoir de preuve, s'il établit de toute autre manière que la prise de possession s'est faite dans des circonstances telles que la conviction dont il s'agit a dû naître dans son esprit. Dans l'un et l'autre cas cependant, la présomption résultant des faits prouvés sera anéantie, si l'adversaire, de son côté, prouve que le possesseur n'avait pas réellement cette conviction; car dès lors il ne saurait plus être question de *causa justa*. — A l'appui de cet exposé, nous nous bornons à faire observer, d'une part, que les textes anciens ne mentionnent jamais la *justa causa* et la *bona fides* comme deux conditions distinctes, et que notamment la formule de l'action publicienne n'exige que *justa causa* [53], et, d'autre part, que c'est à l'aide de cette hypothèse que nous parvenons à expliquer d'une manière satisfaisante le caractère négatif de la bonne foi [54] et les décisions qui admettent l'usucapion en vertu d'un titre putatif [55], ainsi que la disposition d'après laquelle

moins un cas d'usucapion sans bonne foi, cette locution prise dans le sens technique : croyance d'être propriétaire. Cependant, même dans ces espèces d'usucapion il y a *justa causa*. *Voy.* ci-dessus, § 196, vers la fin et § 199, note 23.

[52] C'est probablement l'expression de *justus titulus*, employée comme terme technique dans les derniers temps de la jurisprudence romaine, qui a contribué à faire naître cette confusion que les jurisconsultes classiques avaient si soigneusement évitée en matière de tradition. *Voy.* cependant le Fr. 18 pr. D., *de rebus creditis*, 12, 1, où Ulpien semble tomber dans la même erreur. Ci-dessus, § 192, note 14.

[53] Fr. 1, pr. D., *de Publiciana in rem actione*, 6, 2. « Ait Prætor : SI QUIS ID, QUOD TRADITUR EX JUSTA CAUSA NON A DOMINO ET NONDUM USUCAPTUM PETIT, JUDICIUM DABO. » Cf. ci-après, § 208, note 2.

[54] *Voy.* ci-dessus, § 199, notes 10 et suivantes.

[55] *Voy.* les passages cités ci-dessus, note 22, et surtout NERATIUS, Fr. 5, D., *pro suo*, 41, 10. « Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa, interim propterea, quæ nostra esse existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. § 1. Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiam si falsa fuerit eius existimatio. Quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti

l'existence d'un titre positif n'est point exigé dans l'usucapion des servitudes [56].

§ 200. *Conditions requises pour l'usucapion extraordinaire.* Præscriptio xxx vel xl annorum.

Le possesseur de bonne foi qui ne réunit pas toutes les conditions de l'usucapion ne peut acquérir la propriété par la possession de trois et de dix ou vingt ans. Mais s'il la continue pendant le plus long délai de prescription, qui est ordinairement de trente ans, sans distinction entre meubles et immeubles, il peut se prévaloir de la *præscriptio longissimi temporis*, et acquérir la propriété de la chose possédée, pourvu qu'en général cette chose soit susceptible de ce mode d'acquisition [57].

La *præscriptio longissimi temporis* exige donc : 1° *Res habilis*. Les choses dont l'usucapion ordinaire est prohibée peuvent être acquises par la *præscriptio longissimi temporis* [58]. Toutefois, les lois exceptent de toute prescription les choses hors du commerce, le fonds dotal, ainsi que les biens compris dans le pécule propre des fils de famille, *peculium adventitium*, tant que dure la puissance paternelle [59]. — 2° Bonne foi d'après les règles exposées au paragraphe précédent [60]. Le possesseur n'a pas besoin d'établir qu'il a acquis la possession en vertu d'un juste titre [61]. — 3° Possession continue pendant trente ans, sans distinction entre meubles et immeubles [62]. On exige quarante ans pour les biens du prince, et pour les im-

si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut eum, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem ; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. » — Africanus, Fr. 11, D., *pro emtore*, 41, 4. « Quod vulgo traditum est, eum, qui existimet se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat : nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse ut usucapio sequatur. » — Pomponius, Fr. 3, D., *pro suo*, 41, 10. « Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi. Si scissem, mihi deberi, usu eum non capiam ; quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam. Et ita Neratius scripsit, idque verum puto. » - Fr. 4, § 2, D., *eodem*. « Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit : placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet. » — Cf. Papinien, Fr. 44, § 4, D., *h. t.* 41, 3. « ... Idem dicendum erit, et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emtam non levi præsumtione credat. »

[56] Dans ce cas, en effet, la bonne foi s'identifie avec la *justa causa*. *Voy.* ci-après, § 228.

[57] *Voy.* en général L. 8, § 1, C., *de præscriptione XXX vel XL annorum*, 7, 39.

[58] L. 6, C., *finium regundorum*, 3, 39. - L. 5, C., *in quibus causis in int. rest. necessaria non est*, 2, 41. - *Nov.*, 119, c. 7.

[59] A) Gaius, II, 48. - § 1, I., *de usuc.*, 2, 6 - Fr. 9. 45, pr. D., *de usurp.*, 41, 3. - B) L. 30, C., *de jure dotium*, 5, 12. - C) L. 4, in f. C., *de bonis quæ liberis*, 6, 61 ; L. 1, § 1, C., *de annali exc.*, 7, 40. - *Nov.* 22, c. 24.

[60] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annorum*, 7, 39.

[61] L. 8, § 1, C., *eodem*. - L. 14, C., *de fundis patrimonialibus*, 11, 61.

[62] L. 8, § 1, C., *citée*.

meubles des églises et des établissements de bienfaisance [63]. Le même délai est requis entre parties pour les choses à l'égard desquelles un procès a été commencé [64].

§ 201. *Effets de l'usucapion.*

L'usucapion, tant ordinaire qu'extraordinaire, a pour effet de donner la propriété à celui qui a possédé conformément aux règles exposées ci-dessus. Il en résulte nécessairement que le droit de l'ancien propriétaire se trouve éteint, puisque la même chose ne peut être la propriété de plusieurs personnes différentes. Mais si la possession a été exercée libre de toute restriction, aura-t-elle également pour effet de faire cesser les *jura in re* qui ont pu être établis sur les choses avant que l'usucapion ait été commencée ? Dans l'ancien droit, l'usucapion donnait certes la propriété libre de toute servitude [65], mais elle n'éteignait point les hypothèques qui grevaient la chose usucapée [66]. Cette différence provenait sans doute de ce que la publicité est un des éléments fondamentaux de l'usucapion, et qu'aucun signe extérieur n'indique si la chose possédée est grevée ou libre d'hypothèques [67]. La *longi temporis præscriptio*, au contraire, étant originairement une *exceptio temporalis*, paralysait l'action hypothécaire et rendait ainsi de fait illusoire le droit auquel cette action servait de garantie [68]. Justinien a modifié cet état de choses en exigeant le délai de dix ou de vingt ans pour l'extinction des servitudes comme pour l'extinction des hypothèques : de sorte que l'usucapion des choses mobilières, accomplie par le laps de trois ans, ne libère point la chose usucapée des *jura in re* qui peuvent la grever [69].

Nous trouvons dans nos sources un exemple de restitution en entier

[63] L. 14, C., *de fundis patrim.*, 11, 61. - *Nov.* 111. 131, c. 6. *Voy.* ci-dessus, § 142, note 19.

[64] *Voy.* ci-dessus, § 142, note 26, et L. 9, C., *de præscr. XXX vel XL ann.*, 7, 39. - L. 1, C., *de præscr. longi temp.*, 7, 33.

[65] Pourvu, bien entendu, que l'*usucapiens* ait eu l'intention de prescrire la liberté de la chose. *Voy.* Fr. 17, § 2, D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 19, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4. - Fr. 2. in f. D., *de usu et usufr. legatis*, 33, 2, et ci-après, § 231.

[66] Fr. 44, § 5, D., *de usurp.*, 41, 3. « Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit... » - Fr. 1, § 2, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 2, pr. D., *pro herede*, 41, 5. - L. 7, C., *de pignoribus*, 8, 14. « Usucapio pignoris conventionem non extinguit. »

[67] Ce motif semble indirectement indiqué au Fr. 44, § 5, D., *de usurp.*, 41, 3. « ... Persecutio pignoris, quæ nulla societate dominii conjungitur, *sed sola conventione constituitur* usucapione rei perimitur. »

[68] *Voy.* ci-après, § 254.

[69] *Voy.* pour les servitudes, ci-après, § 231 ; et pour les hypothèques, ci-après § 254.

contre l'usucapion accomplie par un absent [70]. Cette exception aurait bien pu disparaître depuis qu'une disposition de Justinien avait permis d'interrompre l'usucapion d'un absent, en protestant devant l'autorité compétente [71]. Mais, puisqu'elle a été maintenue, il est peut-être permis d'en appliquer le principe à d'autres cas parfaitement analogues, conformément à ce que nous avons dit en traitant de la restitution pour cause d'absence [72].

La possession de mauvaise foi ne peut jamais servir de base à l'acquisition de la propriété par usucapion. Quelle que soit sa durée, elle ne fournit qu'une exception au moyen de laquelle l'action en revendication peut être paralysée [73]. Aussi est-ce sans motif que les commentateurs parlent d'une prescription immémoriale qui, sans titre ni bonne foi, pourrait nous faire acquérir les droits que nous aurions exercés pendant un temps qui excède la mémoire d'homme. Aucun passage de nos sources n'appuie cette opinion, qui doit son origine à une extension arbitraire de quelques dispositions relatives à des cas spéciaux et exceptionnels [74].

§ 202. *Divers autres modes d'acquisition.*

IX. Celui qui cultive pendant deux ans un terrain abandonné en acquiert la propriété, d'après une constitution de la fin du quatrième siècle [75]. Ce mode d'acquérir paraît tenir à la fois de l'occupation et de l'usucapion.

X. Celui qui fait réparer un bâtiment qui lui appartient en commun avec d'autres personnes en acquiert la propriété, si ses copropriétaires ne lui remboursent pas, sur sa demande, dans les quatre mois, les frais de réparations, avec douze pour cent d'intérêt annuel [76].

XI. Le fisc et les publicains acquièrent de plein droit les objets que quelqu'un cherche à introduire frauduleusement au préjudice des droits de la douane, *commissa* [77].

[70] § 5, I., *de actionibus*, 4, 6, et ci-dessus, § 160, nº 6.

[71] L. 2, C., *de annali exceptione*, 7. 40. - *Voy.* ci-dessus, § 146. note 37.

[72] *Voy.* ci-dessus, § 160, nº 6. Mais dans le silence de la loi et en présence des diverses dispositions positives et très-précises qui exemptent certaines choses de l'usucapion, on ne saurait admettre d'autres causes de restitution en entier contre une usucapion accomplie.

[73] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annorum*, 7, 39. - *Voy.* ci-dessus, § 148, note 48, et ci-après § 209.

[74] Fr. 2, pr. § 8, D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione*, 39, 3. - Fr. 3, § 4, D., *de aqua quotidiana et æstiva*, 43, 20. - Ajoutez Fr. 28, D., *de probationibus*, 22, 3. — Dans tous ces passages il s'agit de constructions relatives à l'écoulement des eaux dans les champs cultivés.

[75] L. 8, C., *de omni agro deserto*, 11, 58 (L. 11, Th. C. 5, 15). — Cf. Hérodien, II, 4, 13 et Eustathius, *de temporibus ac dilationibus*, XXV, 16.

[76] Fr. 52, § 10, D., *pro socio*, 17, 2. - L. 4. C., *de ædificiis privatis*, 8, 10.

[77] Fr. 8. 14. 16, § 10. D., *de publicanis et vectigalibus et commissis*, 39, 4. - Tit. C., *de vectigalibus et commissis*, 4, 61.

XII. Enfin, en vertu de dispositions particulières, les enfants acquièrent de plein droit, *lege*, certains biens de leurs parenst, au cas que ces derniers convolent en secondes noces ou se rendent coupables d'adultère[78]. Rappelons aussi que celui qui tente de reprendre de vive force la chose détenue par un autre en perd la propriété en faveur de ce dernier [79].

DES ACTIONS SERVANT A PROTÉGER LA PROPRIÉTÉ.

§ 203. I. *De la revendication* †.—*Notion et introduction historique.*

Dès les temps les plus reculés, le propriétaire qui avait perdu la possession de sa chose pouvait en poursuivre la restitution au moyen d'une *in rem actio*, appelée *rei vindicatio* [1]. Cette action s'introduisait, dans le principe, au moyen du *sacramentum*, et était accompagnée de certaines formalités qui, après avoir été, dans l'origine, des éléments essentiels et indispensables de la procédure [2], finirent par revêtir un caractère purement symbolique, tout en ayant l'utilité de servir à constater l'objet du litige [3]. Quand il s'agissait d'une chose mobilière, les parties l'apportaient devant le préteur et la touchaient toutes deux avec un javelot, plus tard une baguette [4]. feignant de se la disputer, jusqu'à ce que le préteur les séparât, en disant : *Mittite ambo rem* [5]. Cette lutte fictive s'appelait *manuum consertio* [6]. Ancien-

[78] *Voy.* ci-après, t. III, § 402 vers la fin, et § 403.

[79] *Voy.* ci-dessus, § 127, note 4.

† Tit. D., *de rei vindicatione*, 6, 1. - Tit. Greg. C., *eodem*, 3, 2. - Tit. Th. C., *eodem*, 2, 23. - Tit. J. C., *eodem*, 3, 32. — M. PELLAT donne dans son *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, pages 107-426, la traduction du Tit. D., *de rei vindicatione*, accompagnée d'un excellent commentaire qui contient non-seulement le résumé de tout ce que la science moderne fournit sur la matière, mais de plus beaucoup d'idées et d'argumentations neuves.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 177.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 130, notes 36 et suivantes.

[3] GAIUS, IV, 10, 16 sqq. - ASCONIUS PEDIANUS, *in Verrin.*, II, 1, 45.

[4] GAIUS, IV, 16. « Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii : omnium enim maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent. »

[5] AULUS AGERIUS, touchant l'esclave litigieux, le revendique à peu près en ces termes : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI : ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. (SECUNDUM SUAM CAUSAM, c'est-à-dire comme esclave, comme *mancipium*, comme *filius familias*, ou enfin comme homme libre, quand le demandeur agissait comme *assertor* pour revendiquer la liberté d'un citoyen qui se trouvait *in servitute* ou *in mancipio*. Arg. Fr. 1, § 2, D., *h. t.*) — NUMERIUS NEGIDIUS répond exactement dans les mêmes termes, *contravindicatio*. — Enfin le préteur dit : MITTITE AMBO HOMINEM.

[6] VALERIUS PROBUS : E. J. M. C. V., i. e. ex jure manum consertum vocare. - AULU-GELLE : XX, IV. « *Manum conserere* est, de qua re disceptatur, in re præsenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare. *Vindicia*, id est, correptio manus, in re atque in loco præsenti apud prætorem ex XII tabulis

nement, quand il s'agissait d'un immeuble, le préteur se rendait en personne sur le terrain contesté ; dans la suite, les parties en apportaient une motte de terre [7] ; enfin on n'exigea plus d'elles que de faire semblant de s'y rendre [8]. L'objet du litige ainsi constaté, les parties procédaient au *sacramentum* [9].—Avant de renvoyer la cause *in judicium*, le préteur accordait alors la possession intérimaire à l'une des parties [10], qui était tenue de fournir caution à l'effet de garantir la restitution de la chose et des fruits, *prædes litis et vindiciarum* [11]. — Le juge saisi de la contestation par suite de la formule donnée par le préteur avait dès lors à rechercher laquelle des deux parties avait fait un *sacramentum justum* ou *injustum*, et la décision sur ce point impliquait comme conséquence le jugement sur le droit de propriété [12].

Ces formalités ne passèrent point dans le système formulaire, qui n'exigeait ni *manuum consertio* ni *sacramentum* [13]. L'expédient de la gageure

fiebat, in quibus ita scriptum est : SI QUI IN JURE MANUM CONSERUNT... Quod videtur dixisse (Ennius), conferens *vim* illam *civilem festucariam*, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, cum vi bellica et cruenta. - VARRON, *de lingua lat.*, V, 7. « Sic conserere manum eum hoste dicimus. » — Pour les immeubles, le résultat de la lutte etait l'expulsion de l'une ou de l'autre des deux parties, *deductio*. Par la suite, quand la présence du préteur n'était plus considérée comme nécessaire dans ces opérations préparatoires, les parties se bornaient à se provoquer au combat, qu'elles faisaient semblant de se livrer sur les lieux contestés. Cela fait, elles apportaient une motte de terre ou un autre fragment du terrain contesté. C'est de cet usage que Cicéron dit *deductio quæ moribus fit*. — *Voy.* pour les détails, CICÉRON, *pro Murena*, 12, 13 ; *pro Cæcina*, 1. 7. 8. 32 ; *pro Tullio*, 16. - FESTUS, VI, *Superstites. Vindiciæ* olim dicebantur illæ quæ ex fundo sumtæ in jus adlatæ sunt. - GAIUS, IV, 17. — Toute cette procédure est bien exposée par M. ORTOLAN, dans son *Explication historique des Instituts*. T. II, p.426 et suivantes (5e édition).

[7] De même une brique, une brebis, quand il s'agissait d'une maison, d'un troupeau ; et, quand il s'agissait d'une succession, un objet quelconque qui en faisait partie. GAIUS, IV, 17.

[8] CICÉRON, *pro Murena*, 12. — Ce voyage fictif n'est plus mentionné par Gaius.

[9] A. A. QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI, D. ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO.— N. N. SIMILITER EGO TE. — Puis dépôt du *sacramentum*, ou plus tard cautionnement fourni au moyen de *prædes* ou *sponsores*. *Voy.* ci-dessus, § 130, n° 1.

[10] Cela s'appelait *vindicias dicere*. GAIUS, IV, 16. La question de savoir à qui les *vindiciæ* devaient être attribuées se décidait sans doute d'après les circonstances. Si l'une des parties n'était pas prête à fournir la caution nécessaire, l'autre obtenait la préférence. Arg. PAUL, I, 11, 1. — Quand il s'agissait d'une question de liberté (qui se jugeait également par vindication) la possession provisoire devait toujours être accordée à celui qui prétendait être libre, *vindiciæ secundum libertatem*. Ce fut contrairement à cette règle que le décemvir Appius adjugea la possession de Virginie à Claudius qui la revendiquait comme son esclave. TITE-LIVE, III, 44 et suiv.

[11] GAIUS, IV, 16. 91. 94. - CIC., *in Verrem*, II, 1, 45. — *Lis* est dit pour l'objet litigieux, et *vindiciæ* indique les avantages résultant de la possession, c'est-à-dire les fruits. « *Prædes litis et vindiciarum*, id est, *rei et fructuum*. » GAIUS, IV, 16. — Quant à d'autres significations du mot *vindiciæ*, *voy.* AULU-GELLE, *N. A.*, XX, 10. - FESTUS, v *vindiciæ*, et M. ORTOLAN, *Explication hist. des Instituts*, t. II, p. 428-430. (5e éd.).

[12] Ci-dessus, § 130, n° 1. *Voy.* aussi MM. ORTOLAN, *l. c.* et PELLAT, *l. c.*, pages 26 et suiv.

[13] *Voy.* sur les procédures *per sponsionem* et *per petitoriam formulam*, GAIUS, IV, 41.

fut conservé pendant longtemps; mais on se contentait du simple engagement de payer l'enjeu, *sponsio*, et encore la somme de la *sponsio* ne figurait-elle pas dans la *condemnatio*, de manière que l'engagement n'avait aucun caractère pénal et était simplement préjudiciel [14]. La *sponsio* ayant eu lieu [15], on agissait comme si le *sacramentum* avait été fait [16], c'est-à-dire, que le *judex* était appelé à juger laquelle des deux parties avait gagné le pari et devait par conséquent l'emporter dans la contestation sur le droit de propriété. Le défendeur, dans cette procédure *per sponsionem*, restait en possession de la chose, et garantissait la restitution par un engagement personnel, sans avoir besoin de fournir un répondant, *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* [17]. Mais quand il y avait contestation sur le fait même de la possession, il fallait la vider par un *interdictum retinendæ possessionis*, qui avait un caractère pénal très-prononcé [18]. — L'emploi de la gageure, *sponsio*, étant devenu une simple formalité, on finit par s'en affranchir, et par agir directement en reconnaissance du droit de propriété, *per petitoriam formulam* [19]. L'action en revendication se trouvait ainsi réduite à ses éléments essentiels et indispensables. Cependant pour ce qui était de la possession intérimaire de la chose revendiquée, on continuait d'agir à peu près comme dans la procédure *per sponsionem*. S'il y avait contestation sur le fait même de la possession, l'avantage de jouir de la chose jusqu'au jugement du procès était accordé à celle des parties qui l'emportait dans l'*interdictum retinendæ possessionis*; dans le cas contraire le défendeur restait en possession, moyennant caution, à l'effet de garantir l'exécution du jugement à intervenir, *cautio judicatum solvi* [20].

89-94. Cic., *in Verrem*, II, 1, 45, et Ascon. Pedianus, *ad h. l.* — Cf. M. Pellat, *l. c.*, pages 27 et suivantes.

[14] Gaius, IV, 94. *Voy.* ci-dessus, § 156, note 47.

[15] Gaius, IV, 93. « Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione : SI HOMO QUO DE AGITUR EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, H-S. CXXV NUMMOS DARE SPONDES? Deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere : qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. » Cette formule était conçue en ces termes : SI PARET N^m N^m A^o A^o H-S. CXXV NUMMOS DARE OPORTERE. »

[16] *Voy.* ci-dessus, § 151, note 62.

[17] Ascon. Pedianus, *l. l.* - Gaius, IV, 89. 91. - *Voy.* aussi ci-après, note 20.

[18] Gaius, IV, 148 sqq. - *Voy.* ci-dessus § 175, note 29.

[19] Gaius, IV, 92. « Petitoria autem formula hæc est, qua actor intendit rem suam esse. » Cette formule était conçue en ces termes : OCTAVIUS JUDEX ESTO. SI PARET FUNDUM CAPENATEM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM A^i A^i ESSE, NEQUE IS FUNDUS ARBITRIO TUO A^o A^o RESTITUERETUR, QUANTI EA RES ERIT, N^m N^m A^o A^o CONDEMNATO : SI NON PARET ABSOLVITO. *Voy.* ci-dessus 152, notes 78. 79; § 157, note 8; § 158, notes 37. 38. 41.

[20] Gaius, IV, 89-96. § 2, I., *de satisdationibus*, 4, 11. — Si le défendeur refusait de fournir cette caution (ou celle *pro præde litis et vindiciarum*), le demandeur obtenait du magistrat l'interdit QUEM FUNDUM, par lequel il était ordonné au possesseur de transférer la possession à son adversaire. L'exécution volontaire ou forcée de cet interdit donnait à celui-ci l'avantage d'être dispensé d'agir et de prouver sa propriété : il pouvait, dès lors, attendre que l'autre prît l'offensive et fît ses preuves. Ulpien, *fragm. Vindobonense*. « Sunt etiam inter-

Dans le système formulaire, la procédure *per sponsionem* avait d'abord existé concurremment avec celle *per petitoriam formulam* [21]; mais la dernière finit naturellement par l'emporter. La législation de Justinien ne connait plus de *sponsio:* c'est sur le modèle de la formule pétition que la procédure du droit nouveau s'est formée; encore cette procédure a-t-elle été simplifiée par suite de l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*. La question de la possession n'a plus besoin d'être décidée : le défendeur reste en possession jusqu'au jugement, sans avoir besoin de fournir caution [22]; toutefois il est permis au demandeur de cumuler l'interdit possessoire avec l'action pétitoire qu'il a intentée [23].

§ 204. *Conditions requises pour pouvoir intenter la revendication.*

1° Objet de l'action. La revendication étant fondée sur le droit de propriété, il est évident que tout ce qui peut être objet de ce droit est susceptible d'être revendiqué. Ainsi l'on peut revendiquer toutes les choses corporelles qui sont dans le commerce, les meubles et les immeubles, les choses fongibles et les choses non fongibles [24]. Mais, comme la propriété suppose un objet individuellement déterminé [25], nous ne pouvons revendiquer des choses fongibles que pour autant qu'elles ne soient pas confondues avec d'autres choses du même genre, et qu'elles puissent être reconnues comme nous appartenant [26]. Par le même motif nous ne pouvons revendiquer un ensemble de droits; il faut poursuivre séparément chaque chose qui est sujette à notre droit de propriété [27]. Il en est de

dicta tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis, qualia sunt interdicta QUAM FUNDUM et QUAM HEREDITATEM. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem. » Cf. PAUL, I, 11, 1. *Voy.* ci-après, § 204, note 47, et M. PELLAT, *l. c.*, pages 30 et suivantes.

[21] GAIUS, IV, 89.

[22] § 2, I., *de satisdationibus*, 4, 11.

[23] Fr. 12, § 1, D., *de acquirenda possessione*, 41, 2. - Fr. 18, D., *de vi*, 43, 16. - *Voy.* ci-dessus, § 176, note 41.

[24] Des titres, documents, etc. peuvent être l'objet d'une revendication. Fr. 3, D., *testamenta quemadmodum aperiantur*, 29, 3. « Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum competit : et ob id ad exhibendum quoque agere potest. » Cf. ci-après, t. II, § 362.

[25] C'est pourquoi la formule de la *rei vindicatio* est une *formula certa* (sauf les cas mentionnés ci-après, note 31). GAIUS, IV, 54. - Fr. 76, § 1, D., *h. t.* - Fr. 8, § 1, D., *communi divid.*, 10, 3.—Le Fr. 6, D., *h. t.*, enseigne, comment il faut déterminer l'objet qu'on revendique.

[26] Fr. 11, § 2. Fr. 14, D., *de rebus creditis*, 12, 1. *Voy.* ci-dessus, § 188.

[27] Fr. 56, D., *de rei vind.*, 6, 1. « Vindicatio non, ut gregis, ita et *peculii* recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet. » — Pour la *pétition d'hérédité*, qui pourrait, à la rigueur, être considérée comme une vindication de succession, *voy.* ci-après, t. III, § 487.

même des choses collectives qu'on appelle *universitates rerum* ou *facti*. A l'égard de ces choses, on peut à la vérité se servir du nom collectif, troupeau, bibliothèque, etc., pourvu que la désignation soit précise et complète [28]; mais la demande et par conséquent le jugement ne se rapporteront qu'aux corps individuels dont l'ensemble se compose, et qui nous appartiennent [29]. On peut aussi revendiquer une partie d'une chose. Cela ne souffre aucune difficulté quand cette partie est physiquement déterminée [30]; mais le droit romain admet, sous certaines conditions, même la revendication d'une part indivise [31]. Si la chose dont nous voulons poursuivre la restitution est jointe à une autre chose, de manière qu'elle n'ait plus une existence individuelle, nous sommes obligés d'en demander d'abord la séparation au moyen de l'*actio ad exhibendum* [32].

2° Qui peut l'intenter? Le propriétaire dont le droit est lésé de telle façon qu'il ne puisse plus disposer de sa chose. Pareille lésion a lieu toutes les fois qu'un autre se trouve en possession de la chose et empêche ainsi le propriétaire d'exercer son droit. Le demandeur doit donc prouver les deux faits suivants : *a*) que, au moment de la *litis contestatio* [33], il a la propriété de la chose [34]. Cependant la preuve de l'acquisition suffit; il n'a pas besoin de prouver qu'il a encore actuellement la propriété, car, l'origine du

[28] Fr. 6, D., *h. t.* — D'après une disposition positive de la loi, cette manière d'agir n'est permise que pour autant que nous soyons propriétaires de plus de la moitié des individus qui composent la chose collective. Fr. 1, § 3. Fr. 2, 3 pr. D., *eodem*.

[29] *Voy.* ci-dessus, § 117, note 44.

[30] Car dès lors c'est une chose individuelle. Fr. 60, pr. D., *de verborum signif.*, 50, 16.

[31] Gaius, IV, 54. - Fr. 49, § 1, D., *h. t.* - Fr. 8, D., *eodem*. « Pomponius libro xxxvi probat : si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius et Titius possidetis, non ab utrisque quadrantem petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis cum fundum : nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet : nunquam enim pro diviso possideri potest. » - Fr. 76, § 1, D., *eodem*. « Incertæ partis vindicatio datur, si justa causa interveniat. Justa autem causa esse potest, si forte legi Falcidiæ locus sit in testamento propter incertam detractionem in legatis, quæ vix apud judicem examinatur. Justam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, si hæsitet, quotam partem vindicare debeat : itaque talis dabitur actio. Eadem et de ceteris rebus intelligemus. » *Voy.* aussi § 28, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 3, § 2. Fr. 5, pr. D., *h. t.* - Fr. 8, § 1, D., *communi dividundo*, 10, 3 et ci-dessus, § 190, note 84.

[32] Fr. 23, § 5, D., *h. t.* - Fr. 6, D., *ad exhibendum*, 10, 4. - Cf. Fr. 35, § 3, D., *h. t.* - *Voy.* en général sur l'*actio ad exhibendum*, ci-dessus, § 189, note 72, et ci-après, t. II, § 362.

[33] Fr. 25, D., *de judiciis*, 5, 1.

[34] Fr. 9. 24, D., *h. t.* - Fr. 5, pr. in f. D., *si usufructus petetur*, 7. 6. - L. 28, C., *h. t.* 3, 32. « Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi *suam intentionem implenti* restituere cogitur. » - L. 2, C., *de probat.*, 4, 19. — Exceptionnellement les soldats et les personnes sous tutelle ou curatelle ont une *utilis actio* pour revendiquer les choses achetées de leurs deniers. Fr. 2, D., *quando ex facto tutoris*, 26, 9; L. 3. C., *arbitrium tutelæ*, 5, 51. - L. 8. C., *h. t.*, 3, 32. — Un privilége analogue est accordé dans un cas spécial à la femme mariée. Fr. 55, D., *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1.

droit étant constatée, son existence actuelle est présumée, et c'est à la partie adverse qui soutient que cet état de choses a été changé d'en fournir la preuve [35]. Si le demandeur a acquis par un mode dérivé, il doit prouver que son auteur était propriétaire, parce que celui-ci n'a pas pu lui transmettre plus de droit qu'il n'en avait lui-même [36]. *b*) Que le défendenr est en possession de la chose réclamée, car c'est précisément ce fait qui constitue la lésion du droit du demandeur [37]. Celui qui est en possession de sa chose n'est point recevable à intenter la revendication, sous prétexte qu'un autre lui conteste sa propriété; tant que ce dernier ne l'empêche pas d'exercer son droit, il n'y a pas de lésion, partant pas d'action [38].

3° Contre qui peut-elle être intentée? Contre quiconque se trouve en possession de notre chose [39], et nous empêche ainsi d'exercer notre droit de propriété [40]. Il faut cependant distinguer si le défendeur possède en son nom propre, ou s'il ne fait que détenir au nom d'un autre. Dans le premier cas, il est toujours tenu de répondre à l'action; dans le second, il peut éviter le procès en désignant le véritable possesseur, *dominum nominare*, contre lequel le demandeur doit alors diriger sa poursuite [41]. — Il peut

[35] *Vey.* ci-dessus, § 153.

[36] Fr. 54, D., *de reg. juris*, 50, 17. - Fr. 20, pr. D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. « Traditio nibil amplius trsnsferre debet vel petest sd eum, qui accipit quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id trsdende transfert : si nen habuit, ad enm qui aceipit nihil transfert. » Le contraire de la règle énoncée dans netre texle a été erronément soulenu par quelques auteurs, à cause des L. 4. 12, C., *de probationibus*, 4, 19, qui traitent du *mode* et uen point dn *fardeau* de la preuve. Ce qui a denné lieu à cette erreur, c'est la difficulté de la preuve dn domaine des personnes de qui neus faisons dériver notre droit. Celte difficulté existe en réalité; mais la loi y a remédié au meyen de l'usucapien, et, dans tous les cas, lo demandeur peut, pour éviter ce que la prenve préseute de trep difficile dans un eas donné, aveir recours à l'action Publicienne, dans laquelle il suffit de prouver la juste cause en vertu de laquelle nous avons acquis la chose. *Voy.* ci-après, § 208. Souvent aussi un simple interdit possessoire ponrra suffire au demandenr et lui tenir lieu de la revendieatien, au moins pour l'effet pratique. Fr. 24, D., *h. t.* 6, 1. « Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicte possit nancisci possessienem, quia longe commodius est, ipsnm pessidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alie possidente petere. »

[37] Fr. 1, § 6, D., *uti possidetis*, 43, 17. - *Voy.* ci-après, notes 62-68.

[38] § 2, I., *de actionibus*, 4, 6. « ... In his (centroversiis rerum corperalium) agit qui non pessidet... Sane uno easu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latieribns Digesternm libris opportunius apparebit. » La fin de ee passage, qui semble indiquer une exceptien à la règle générale, a beauceup embarrassé les commentateurs. Nous chercherens à l'expliquer ci-après, § 222.

[39] C'est par ce metif que seuvent le défendeur dans la revendication est appelé *possessor*. *Voy.* aussi ci-dessus, § 155, nete 11.

[40] § 1, in f. I., *de actionibus*, 4, 6 -Fr. 9. Fr. 36, pr. D., *h. t.*, -Fr. 25, pr. D., *de obl. et act.*, 44, 7.- L. 1, C., *ubi in rem actio exerceri debeat*, 3, 19. Pour le que défendeur soit condamné, il suffit, au reste, qu'il ait possédé à une époque quelconque depuis la *litis contestatio* jusqu'au mement du jugement. C'est là le sens du Fr. 27, § 1, D., *h. t.* Cf Fr. 17. 18, D., *de except. rei judic.*, 44, 2.— Quid, si la chose est possédée par plusieurs? Fr. 8. 42. 52. 55, D., *h. t.* - Fr. 12, § 6, D., *ad exhibendum*, 10, 4.

[41] Fr. 9, D., *h. t.* - L. 1. 2, C., *ubi in rem actio exerceri debeat*, 3, 19.

se faire qu'on soit soumis à la revendication, quoiqu'on ne possède point la chose dont il s'agit. *a*) Le possesseur de mauvaise foi peut être poursuivi bien qu'il ne possède plus [42], pourvu que ce soit dans une intention frauduleuse ou au moins par sa faute qu'il ait cessé de posséder, *qui dolo desiit possidere; qui dolo fecit quominus possideret* [43]. *b*) Celui qui répond à l'action comme s'il possédait la chose, *qui litis cobtulit* [44]. Les modernes désignent ces deux cas par le nom *ficta possessio*, parce que le défendeur y est considéré comme s'il possédait, bien que la chose ne se trouve point en son pouvoir. Il résulte de cette fiction qu'il sera condamné à la restitution de la chose, et, faute de le faire, au payement de la valeur estimative [45]. — Remarquons encore que le possesseur qui nie sa possession est condamné à la transférer au demandeur [46]. Celui-ci obtient ainsi l'avantage d'être dispensé de poursuivre l'action et de prouver la propriété, sauf cependant à l'adversaire de prendre l'offensive et de faire valoir ses droits, s'il en a [47].

[42] Il va sans dire que le propriétaire peut également, s'il le préfère, poursuivre le véritable possesseur de la chose. Fr. 13, § 14, D., *de heredit. petit.*, 5, 3. - Fr. 7, D., *h. t.* Cf. Fr. 95, § 9, D., *de solut.*, 46, 3.

[43] Ce cas de *possessio ficta* fut d'abord introduit pour les successions héréditaires par un sénatus-consulte du temps d'Adrien, qu'on appelle souvent sans aucune raison *senatusconsultum Juventianum*. Le même principe fut par la suite appliqué aux revendications. Fr. 25, § 2, D., *de hered. petit.*, 5, 3. - Fr. 27, § 3. Fr. 36, pr. D., *h. t.* - Fr. 131, D., *de reg. juris*, 50, 17 « ... quia possessio dolus est. » - Fr. 157, § 1, D., *eodem.* — D'après les termes : *qui dolo desiit possidere, qui dolo fecit quominus possideret*, on pourrait croire qu'il ne s'agit que de celui qui, par un fait frauduleux, a cessé de posséder; mais l'explication que nous donnons dans le texte résulte des paroles du sénatus-consulte et de l'interprétation fournie par Ulpien au Fr. 25, § 2, D., *de hered. petit.*, 5, 3. Cf. Fr. 95, § 9, D., *de solutionibus*, 46, 3.

[44] Fr. 25. 26. 27, pr. D., *h. t.* - Cf. Fr. 13, § 13. Fr. 45, D., *de heredit. petit.*, 5, 3. - Le motif de cette *oblatio* peut être de donner à un autre l'occasion et le temps d'usucaper la chose revendiquée.

[45] *Voy.* ci-après, aux notes 58. 59. 60. 63.

[46] Fr. 80, D., *h. t.* « In rem actionem pati non compellimur, quia licet alieni dicere, se non possidere : ita, ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non approbaverit. » Cf. Fr. 8, D., *si pars hereditatis petatur*, 5, 4.

[47] La même mesure est prise dans divers autres cas contre la partie qui manque à ses devoirs de défendeur, *si lis non defendatur;* par exemple : si elle fait défaut dans une action où il s'agit de la possession d'une chose (Fr. 15. D., *de operis novi nunciatione*, 39, 1. - Fr. 45. D., *de damno infecto*, 39, 2. - Fr. 7, § 19. D., *quibus ex causis in poss. eatur*, 42. 4. - L. 2, C., *ubi in rem actio*, 3, 19. - L. 8, C., *quomodo et quando judex*, 7, 43); si elle refuse de répondre à une *interrogatio in jure* (Fr. 10. 20, § 1, D., *de interrogat. in jure*, 11, 1 et ci-dessus, § 154, notes 44 sqq.); si elle refuse de fournir les cautions nécessaires (Fr. 20, § 2, D., *de interrogat. in jure*, 11, 1. - Fr. 6, § 6. D., *de Carboniano edicto*, 37. 10. — Nous avons vu ci-dessus, que dans l'ancien droit le refus du défendeur de fournir la *cautio judicatum solvi* dans une revendication autorisait également le demandeur à se faire transférer la possession au moyen de l'interdit QUEM FUNDUM. Il en était de même dans l'action confessoire en reconnaissance d'un droit d'usufruit et dans la pétition d'hérédité. Les interdits employés dans ces cas s'appelaient QUEM USUMFRUCTUM, QUAM HEREDITATEM. *Voy.* ULPIANI *fragmentum Vindobonense* (ci-dessus, § 205, note 20). - PAUL, 1, 11, 1. - *Fragm. Vatic.*, 92. 93). — Enfin

§ 205. *But et effet de la revendication. Prestations du défendeur.*

En intentant la revendication, nous soutenons que la chose litigieuse nous appartient, *rem meam esse* [48]. Notre but est donc d'être reconnu propriétaire de la chose revendiquée [49]. De là il résulte que le défendeur sera condamné à restituer la chose en l'état où elle était au moment de la *litis contestatio* et avec les accessions, *cum omni causa* [50].

La restitution doit se faire en nature [51], immédiatement [52] et au lieu où la chose se trouve au moment de la *litis contestatio*. Au cas que la restitution serait impossible [53], il faut distinguer : 1° Si l'impossibilité ne peut être imputée au défendeur, il n'est tenu de rien [54]. Cependant le possesseur de mauvaise foi est responsable de tout dommage envers le propriétaire, toutes les fois que celui-ci aurait pu éviter ou prévenir la perte, si la chose lui avait été restituée plus tôt [55]. 2° Si la restitution est devenue

la *Nov.* 18, c. 10, frappe d'une peine analogue la défense chicanière dans un cas spécial dont nous parlerons ci-après, § 206.

[48] GAIUS, IV, 16. « ... Qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem apprehendebat, velut hominem, et ita dicebat : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO... » - LE MÊME, II, 24. IV, 3. - § 1, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 35, § 1, D., *h. t.*, 6, 1.

[49] *Voy.* ci-dessus, § 137, notes 14, 15.

[50] *Voy.* ci-dessus, § 141, notes 90-92. — Lors donc que le défendeur usucaperait la chose pendant l'instance et se trouverait ainsi avoir acquis la propriété de la chose, il n'en serait pas moins condamné de la restituer ; le demandeur dans ce cas peut même exiger caution à l'effet d'être garanti des dispositions que le défendeur a pu prendre relativement à la chose : « periculum est enim, ne servum pignoraverit vel manumiserit. » Fr. 18, D., *h. t.* — Pareille *cautio de dolo* peut être exigée dans d'autres cas du chef des actes préjudiciables que le défendeur a pu faire relativement à la chose, avant d'en effectuer la restitution. Fr. 45, D., *eodem*.

[51] Il en était ainsi du temps de la *legis actio per sacramentum*. GAIUS, 48. Dans le système formulaire, la condamnation portait à la vérité une somme d'argent ; mais la nature arbitraire de la revendication permettait au défendeur d'éviter la condamnation pécuniaire, souvent fort élevée, en faisant restitution de la chose. (Ci-dessus, § 132, notes 78 sqq ; § 138, notes 37. 38, 41). Dans le système nouveau des *extraordinaria judicia* le juge condamne directement à la restitution en nature, et le demandeur peut l'obtenir au moyen de la force armée, *manu militari*. Fr. 68, D., *h. t.* - L. 21, C., *eodem*. - § 2, I., *de officio judicis*, 4, 17. - *Voy.* aussi ci-dessus, § 155, note 11.

[52] Cependant, si le défendeur se trouve dans l'impossibilité de faire immédiatement la restitution, il peut obtenir un délai, moyennant caution. § 2, I., *de officio judicis*, 4, 17. - Fr. 34, § 3, D., *h. t.* - L. 2, C., *eodem*.

[53] Faisons observer d'avance que les règles que nous allons exposer ne concernent le *b. f. possessor* que par rapport aux faits posés après la *litis contestatio*, puisque avant ce moment il n'existe aucun lien obligatoire entre lui et le demandeur ; tandis que le *m. f. p.* répond de tous les faits et actes depuis le moment où sa mauvaise foi a commencé.

[54] Fr. 40 pr. D., *de heredit. petit.*, 5, 3. - Fr. 21, 27, § 1. Fr. 36, D., *h. t.*

[55] Fr. 20, § 21. Fr. 40, pr. D., *de heredit. petit.*, 5, 3. - Fr. 15, § 3, D., *h. t.* - Fr. 12, § 4, D., *ad exhibendum*, 10, 4. - Fr. 30, § 1, D., *de jurejurando*, 12, 2. - *Voy.* au reste ci-après, note 63. — La fin du Fr. 62, D., *h. t.* ne doit point être entendu d'un possesseur de mauvaise foi, bien que le commencement du Fr. raisonne dans cette hypothèse.

impossible par la faute du défendeur, *culpa*, il doit de ce chef les dommages et intérêts, *æstimatio rei* ou *litis* [56]. Moyennant ce payement, le défendeur de bonne foi obtient la cession du droit du demandeur et des actions qui en découlent; il peut par conséquent se mettre en possession de la chose si elle existe encore, et s'il la découvre par la suite [57]. 3° Si c'est dans une intention frauduleuse ou malveillante, *dolo*, que le défendeur a rendu la restitution impossible, il est tenu de tout dommage, d'après l'évaluation que le demandeur lui-même peut faire sous serment, *jusjurandum in litem* [58]. Dans ce cas, le payement de l'estimation ne confère aucun droit au défendeur; le demandeur conserve sa propriété et peut encore revendiquer la chose partout où il la trouve [59]. La même peine frappe celui qui est condamné comme *fictus possessor*, et le défendeur de mauvaise foi qui, par sa faute, s'est mis dans l'impossibilité de restituer [60]. — Toutes ces régles, au reste, bien que nous n'ayons parlé, dans ce qui précède, que de l'impossibilité de restituer, s'appliquent également, pour autant que la matière le comporte, au cas où il y aurait simplement détérioration de la chose [61].

Les accessions, *causa rei*, que le défendeur est condamné de restituer avec la chose, doivent être prises dans le sens le plus étendu [62]. A l'égard des fruits naturels et civils, on fait les distinctions suivantes. Le possesseur de mauvaise foi doit restituer tous les fruits qu'il a perçus, *fructus percepti*, et même ceux qu'il aurait pu tirer de la chose et qu'il a négligé de recueillir, *fructus percipiendi* [63]. Le possesseur de bonne foi doit ceux qui se

[56] Le tout conformément aux principes généraux en matière de dommages et intérêts. *Voy.* ci-après, t. II, § 261. — Si le défendeur a aliéné la chose *ex necessitate*, par exemple, des fruits qui se gâtent, etc., il ne doit restituer que le prix de vente qu'il a reçu lui-même. Fr. 15, § 1, D., *h. t.*

[57] Le motif de cette disposition est que l'acceptation de l'*æstimatio* de la part du demandeur équivaut à une transaction ou à une vente. Fr. 46. 47. 63. 69. 70, D., *h. t.* - L. 21, C., *eodem.* Il en est tout autrement du possesseur de mauvaise foi, lequel, alors même que l'impossibilité de restituer ne proviendrait que de sa faute, n'en est pas moins tenu comme s'il avait agi *dolo*. *Voy.* les notes suivantes.

[58] Fr. 68. 71, *h. t.* - Fr. 4, § 4. Fr. 5, § 3, D., *de in litem jurando*, 12, 3. — Sur la nature et les effets du *jusjurandum in litem*, *voy.* ci-après, t. II, § 261.

[59] Fr. 69. 70, D., *h. t.* - Fr. 95, § 9, D., *de solutionibus*, 46, 3.

[60] *Voy.* ci-dessus, § 204, notes 43 et suivantes.

[61] Fr. 13. 14, D., *h. t.* *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 261. 262.

[62] *Voy.* ci-dessus, § 118 et § 141, note 91. — Fr. 13. Fr. 17, § 1. Fr. 20, D., *h. t.* « ... Nec enim sufficit, corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, *ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.* » - Fr. 34, § 3. 59. 61, D., *eodem.* - Fr. 2, 3 pr. § 1. Fr. 8. 38, § 7. 11, D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 35. 75. 246, § 1, D., *de verb. signif.*, 50, 16. - L. 2, C., *h. t.*

[63] En un mot, tous les fruits que le demandeur aurait pu tirer s'il avait eu la chose, *omne quod habiturus foret petitor si restituta illi res fuisset.* § 35, I., *de rer. div.*, 2, 1.-§ 2, I., *de officio judicis*, 4, 17. - Fr. 62, D., *h. t.* - L. 5. 22, C., *eodem.* — Il s'ensuit que la perte de la chose, survenue pendant l'instance, ne libère point le défendeur de mauvaise foi de

trouvent encore chez lui, *fructus exstantes;* il n'est point tenu de ceux qu'il a consommés, *fructus consumti*, moins encore de ceux qu'il n'a pas perçus [64]. Ces règles, au reste, ne se rapportent qu'aux fruits produits avant la *litis contestatio;* car après cet acte de la procédure le possesseur de bonne foi est tenu de tous les fruits, même de ceux qu'il néglige de percevoir [65].

Il importe de faire observer, en terminant, que, bien que la revendication comporte naturellement les condamnations que nous venons d'exposer, le demandeur ne les obtient cependant que dans la mesure de son droit et de son intérêt. Ainsi le propriétaire qui a obtenu satisfaction du véritable possesseur ne peut plus poursuivre le *fictus possessor* [66], et le nu propriétaire ne peut, en thèse générale, réclamer aucuns fruits [67].

Observation. 1° On dit souvent, et les jurisconsultes romains l'avaient déjà dit, qu'après la *litis contestatio* le possesseur de bonne foi est assimilé au possesseur de mauvaise foi [68]. Cette proposition est pourtant loin d'être exacte. D'abord, elle n'est nullement vraie en ce qui concerne la restitution de la chose même. Il suffit de lire notre exposé pour s'en convaincre [69]. Et même pour la restitution des fruits il est à remarquer, que le possesseur de mauvaise foi est éventuellement tenu des fruits qui auraient pu être perçus même après la perte de la chose, tandis que la perte fortuite de la chose libère toujours le possesseur de bonne foi de toute obligation de restituer [70]. Abstraction faite de cette différence, le possesseur de bonne foi est à la vérité tenu des *fructus percipiendi* sans restriction, bien qu'il eût été sans doute plus équitable de ne le rendre responsable que de ceux qu'il aurait pu tirer s'il avait employé les soins qu'il a coutume d'employer dans la gestion de ses propres affaires [71]. — C'est également une erreur que de dire que

l'obligation de restituer les *fructus percipiendi*. Fr. 17, § 1. Fr. 33. 79, D., *h. t.* 6, 1.

[64] *Voy.* les passages cités dans la note précédente, et Fr. 78, D., *h. t.*

[65] Consultez les passages de la note 62 et Fr. 20, § 11. Fr. 25, § 7, D., *de heredit. pet.*, 5, 3 - Fr. 45, D., *h. t.* - L. 2, C., *de fructibus et lit. expens.*, 7, 51. *Voy.* cependant ci-après, notes 68 et suivantes.

[66] Fr. 13, § 14, D., *de hereditatis petitione*, 5, 3. - Fr. 95, § 9, D., *de solutionibus*, 46, 3. — Mais le demandeur peut encore poursuivre le *verus possessor*, après avoir obtenu satisfaction du *fictus possessor ;* car ce dernier subit la condamnation simplement à titre de peine. Fr. 95, § 9, D., *cité* et Fr. 7, D., *h. t.*

[67] Fr. 33 in f. Fr. 34. 35, D., *h. t.*

[68] Fr. 25, § 7, D., *de heredit. petitione*, 5, 3 « ... Post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse... et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi prædones tenentur... Cœpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur... » — Cf. Fr. 20, § 11. D. *eodem.* - L. 2, 4, C. *de fructibus et litium expensis* 7, 51.

[69] *Voy.* ci-dessus, notes 53 à 60.

[70] *Voy.* ci-dessus, note 65.

[71] *Voy.* ci-après, note 73, et ce que nous dirons t. II, § 259, sur la *diligentia qualem suis rebus adhibere solet debitor.*

la *litis contestatio* a pour effet de constituer le possesseur de bonne foi en demeure. Il n'y a point en effet de demeure sans faute [72]. Or le possesseur de bonne foi qui se défend est libre de toute faute ; aussi ne répond-il jamais de la perte fortuite de la chose, tandis que le débiteur en demeure est tenu de cette perte [73].

Observation 2. Le propriétaire qui a négligé d'obtenir la restitution des fruits par la revendication peut-il les réclamer ultérieurement par une action séparée ? L'économie du droit romain ne lui fournit aucun moyen à cet effet, à moins que la mauvaise foi du défendeur ne donne lieu à une action personnelle de ce chef [74].

§ 206. *Exceptions du défendeur.*

Le défendeur peut d'abord contester la propriété du demandeur. C'est alors à ce dernier de prouver qu'il a réellement acquis ce droit; faute de quoi il sera débouté de sa demande, alors même que le défendeur n'aurait aucun titre de possession. Si le demandeur fournit la preuve de l'acquisition de la propriété, et que le défendeur conteste l'existence actuelle du droit, c'est à lui de prouver les faits qui en auraient amené l'extinction [75].

Sans dénier le droit de propriété de l'adversaire, le défendeur peut opposer diverses exceptions.

Nous mentionnons d'abord la *præscriptio temporalis*, qui est de trente ou quarante ans [76].—Ensuite le défendeur peut contester l'intérêt du demandeur et obtenir ainsi soit l'absolution complète, soit une diminution du montant de la condamnation [77]. — Il peut également refuser de restituer la chose, en soutenant qu'il a le droit de la tenir en vertu d'un droit d'usufruit, d'un droit de gage, d'un contrat de louage, de prêt, etc.[78]. — En outre, le défendeur qui, faute de restitution, est condamné à payer

[72] *Voy.* ci-après t. II, § 264.

[73] Fr. 40, pr. D., *de heredit. petit.*, 5, 3. « Nec enim debet possessor propter metum periculi temere indefensum jus suum relinquere. » — Fr. 63, D., *de reg. juris*, 50, 17. « Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. »

[74] Arg. L., 3. 4. C., *de condictione ex lege et sine causa*, 4, 9. *Voy.* ci-après, t. II, § 338 vers la fin.

[75] *Voy.* ci-dessus, § 204, note 36.

[76] *Voy.* ci-dessus, § 146, n° 2.

[77] *Voy.* ci-dessus, § 205, notes 66, 67 et Fr. 7, § 7, D., *ad exhibendum*, 10, 4. - Fr. 14 pr. D., *de condictione furtiva*, 13, 7.

[78] Fr. 20, D., *de acq. poss.*, 41, 2. — Cependant on ne permet point au défendeur de se prévaloir de cette exception, s'il a contesté la propriété du demandeur et l'a forcé ainsi d'en fournir la preuve. Dans ce cas, le défendeur est tenu de restituer, sauf à faire valoir ultérieurement son droit, en se portant demandeur. *Nov.* 18, c. 10. *Voy.* ci-dessus, § 204, note 47.

l'*æstimatio litis*, a le droit d'exiger, en échange, la cession de la revendication, s'il est de bonne foi, et de refuser le payement en attendant que cette cession ait été faite [79]. — Enfin le possesseur peut, selon les circonstances, obtenir le remboursement des impenses qu'il a faites sur la chose revendiquée. Il ne peut pas, à la vérité, demander à être indemnisé du prix qu'il a payé pour l'acquisition de la chose [80]; mais, à l'égard des impenses faites depuis l'acquisition, on distingue. Les impenses *nécessaires* doivent être restituées à tout possesseur, le voleur excepté [81]. Quant aux autres [82], le défendeur a le droit de les enlever, s'il le peut sans détériorer la chose, *jus tollendi*. Le droit cesse, si le demandeur préfère les garder en offrant d'en payer le prix. Si le résultat des impenses ne peut être séparé de la chose, le possesseur de bonne foi peut en exiger le remboursement, pour autant que le propriétaire en profite, *impensæ utiles* [83]; le possesseur de mauvaise foi n'a pas ce droit. Enfin tout possesseur peut demander à être indemnisé des impenses qu'il a faites pour la production des fruits qu'il doit restituer [84]. Pour faire valoir ces droits, le défendeur peut se servir de l'exception de dol, et retenir la chose tant qu'il n'est pas satisfait, *jus retentionis* [85]. — C'est également sous la forme d'une *exceptio doli* que le défendeur fait valoir les autres droits et prétentions dont il vient d'être parlé [86].

Il nous reste à parler de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Nous avons fait connaître, dans l'introduction historique, l'origine de ce moyen de droit et la grande importance qu'il avait anciennement pour la propriété bonitaire [87]. Nous avons également, en traitant de la tradition, montré qu'il peut, encore dans le droit nouveau, être utile toutes les fois que nous sommes inquiété dans la possession paisible d'une chose, soit par celui de qui nous avons

[79] *Voy.* ci-dessus, § 205, note 57.

[80] L. 3, 23, C., *h. t.*, 3, 32. - L. 1, C., *ubi in rem actio*, 3, 19. - L. 2. C., *de furtis*, 6, 2. - L. 16, C., *de evictionibus*, 8, 45. — Par des motifs d'équité on a admis quelques exceptions, L. 14. 16, C., *de prædiis et aliis rebus minorum*, 5, 71. *Voy.* aussi Fr. 6, § 8, D., *de negotiis gestis*, 3, 5. - L. 11, C., *eodem*, 2, 19. — Le Fr. 6, D., *de captivis*, 49, 15, que l'on cite aussi à cette occasion, appartient à un ordre d'idées tout différent.

[81] L. 5, C., *h. t.* Cf. Fr. 65 pr. D., *h. t.*, 6, 1. - Fr. 3, D., *de condict. furtiva*, 13, 1. - Fr. 28, D., *de act. pignor.*, 13, 7. - Fr. 79, D., *de verb. signif.*, 50, 16. - L. 1, C., *de infantibus expositis*, 8, 52.

[82] *Voy.* sur ce qui va suivre les textes suivants : § 30, I., *de rerum divisione*, 2, 1. - Fr. 27, § 5. Fr. 28. 29. 30. 37. 38. 48. 65 pr. D., *h. t.*

[83] § 30, I, *cité*. Encore ne le peut-il que pour autant qu'elles dépassent la valeur des fruits qu'il a gagnés. Fr. 48. 65 pr. D. *h. t.* combinés avec Fr. 28, D., *de pignor. act.*, 13, 7.

[84] L. 1, C., *de fructibus et litium expensis*, 7, 51. Arg. Fr. 36, § 5, D., *de heredit. petitione*, 5, 3.

[85] Fr. 27, § 5. Fr. 48, D., *h. t.* - Fr. 14, § 1. Fr. 29 pr. D., *communi dividundo*, 10, 3. - Fr. 33, D., *de condict. indebiti*, 12, 6. - Fr. 14, D., *de doli mali except.*, 44, 4.

[86] *Voy.* ci-dessus, § 149, note 7.

[87] *Voy.* ci-dessus, § 178, C, n° 1.

acquis cette chose, et qui par conséquent nous la doit garantir, soit par une autre personne quelconque qui tient son droit de lui. * *Quem de evictione tenet actio, eundem agentum repellit exceptio* * [88]. Cela peut se présenter dans diverses hypothèses. D'abord, si la chose est revendiquée par notre auteur même, qui, au moment de l'aliénation faite en notre faveur, n'était pas propriétaire, mais l'est devenu par la suite, ou bien si elle est revendiquée par le vrai propriétaire, devenu entre-temps héritier de notre auteur [89]. Dans ces deux espèces nous pourrions, à la vérité, également nous servir de l'*exceptio doli*, mais ce moyen serait inopérant toutes les fois que le revendicant ne verserait point lui-même dans la mauvaise foi, par exemple, si notre auteur, après être devenu propriétaire (ou bien, le vrai propriétaire devenu héritier de notre auteur) avait transféré la chose à un tiers qui viendrait la revendiquer entre nos mains [90]. Dans ces cas, en effet, il ne nous reste d'autre moyen de défense que l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. La même exception nous servira contre le créancier hypothécaire, qui, prétendant être propriétaire, voudrait revendiquer la chose qu'il nous a vendue en vertu d'un droit d'hypothèque consenti par quelqu'un qui n'était pas propriétaire [91]. — Dans ces hypothèses et d'autres analogues, l'*exceptio rei venditæ et traditæ* a lieu, pourvu qu'il y ait eu aliénation de la chose [92],

[88] *Voy.* ci-dessus, § 191. Il importe de faire observer que ce moyen, par suite de l'extension qu'il a reçue, peut aussi être employé dans des cas où il n'y a pas d'obligation de garantie, mais où notre auteur pourrait cependant être repoussé par l'*exceptio doli*, s'il voulait revendiquer la chose dont il nous a fait tradition, par exemple, le donateur. *Voy.* ci-après, note 92.

[89] Fr. 72, D., *de rei vindicatione*, 6, 1. - Fr. 1, § 1. Fr. 2, D., *de exceptione rei venditæ et traditæ*, 21, 3. - Fr. 4, § 32, D., *de doli mali exceptione*, 44, 4. - L. 14, C., *de rei vind.*, 3, 32. - L. 14, C., *de evictionibus*, 8, 45.

[90] Fr. 72, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 2. 3, D., *de exc. rei vend.*, 21, 3. - Fr 4, § 32, D., *de doli mali exc.*, 44, 4. — Il importe peu, au reste, que l'aliénation ait été faite par l'auteur en personne ou par son représentant, par exemple, un mandataire, un créancier hypothécaire, pourvu que le représentant n'ait pas excédé ses pouvoirs. Fr. 3, § 3, 4. Fr. 49 in f. D., *mandati*, 17, 1. - Fr. 1, § 2. 3, D., *de exc. rei vind.*, 21, 3. - L. 13, C., *de evictionibus*, 8, 45.

[91] Fr. 10, D., *de distractione pignorum*, 20, 5. Le créancier hypothécaire n'est point, à la vérité, tenu de garantir le droit de celui qui a constitué l'hypothèque, mais il est tenu de garantir *son propre fait*. *Voy.* ci-après, § 247, et t. II, §§ 295. 324. C'est donc à tort que l'on a voulu, par analogie du Fr. 10, D., *cité*, rendre passible de l'*exceptio rei venditæ et traditæ* le mandataire qui, sans le savoir, a vendu au nom d'autrui une chose qui lui appartient à lui-même ou dont il est devenu propriétaire par la suite. Le Fr. 49, D., *mandati*, 17, 1, ne saurait évidemment être invoqué dans la législation de Justinien. *Voy.* ci-après, t. II, § 303.— C'est également à tort qu'on voudrait appliquer notre exception à la caution du vendeur. La L. 31, C., *de evictionibus*, 8, 45 condamne formellement cette extension, contraire aux principes (ci-après, t. II, § 295), et la L. 11, C., *eodem*, ne parle point de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, mais de l'*exceptio doli*.

[92] D'abord restreinte au cas de vente, notre exception a été par la suite étendue à toutes les aliénations, même à celles qui se font à titre gratuit. Arg. Fr. 3, § 1. Fr. 7, § 3, D. *de*

et tradition ou au moins appréhension légale [93], opérées en faveur de celui qui veut s'en prévaloir. Elle peut être opposée à celui qui a fait l'acte d'aliénation, ainsi qu'à tous ceux qui tiennent leur droit de lui par succession universelle ou à titre particulier [94]. — L'*exceptio rei venditæ et traditæ* tend à ce que le demandeur soit déclaré non recevable en son action, et elle amène ainsi, de fait, l'extinction de la propriété dans sa personne [95]; mais il va sans dire que dans le cas où le demandeur ne représente notre auteur que pour une quote-part, cet effet ne se produit également qu'en proportion de cette part [96]. — Il paraît inutile d'ajouter que celui qui est en position de se prévaloir de notre exception peut, s'il le préfère, souffrir l'éviction de la chose et s'en tenir au recours en garantie qui lui compète contre son auteur [97].

§ 207. II. *De l'action négatoire ou négative.*

Cette action ne diffère de la revendication que par l'étendue de la lésion que notre droit de propriété a subie de la part du défendeur. Pour que nous puissions intenter la revendication, il faut que nous soyons entièrement empêché de disposer de notre chose; en d'autres termes, que nous soyons privé de la possession. Toute atteinte d'une importance moins grande suffit pour nous donner l'action négatoire [1]. Le plus souvent pareille lésion provient de ce qu'un autre prétend avoir un *jus in re*, particulièrement une servitude sur notre bien [2]. C'est pourquoi on représente

Publ. in rem actione, 6, 2. — L'aliénation d'une partie qualitative de la chose, c'est-à-dire la constitution d'un *jus in re*, autorise également l'emploi de l'*exceptio rei vend. et trad.* Fr. 41, *verb.* Non est idem, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Arg. Fr. 22, D., *de pignoribus*, 20, 1. « Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverat, heres extitero, ex post facto pignus directo quodem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. » *Voy.* ci-après, § 241, n° 2.

[93] Fr. 1, § 5, D., *de exc. rei vend.*, 21, 3. « Si quis rem emerit, non autem fuerit et tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem... » Cf. ci-dessus, § 199, note 21.

[94] Fr. 3, D., *eodem*. « Exceptio rei venditæ et traditæ non tantum ei, cui res tradita est, sed successoribus etiam eius, et emtori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit; interest enim emtoris primi, secundo rem non evinci. § 1. Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius, sive in eam duntaxat rem successerint. »

[95] *Voy.* ci-dessus, § 193, notes 22 et suivantes. - Si l'exception est opposée à une action tendant à la poursuite d'un *jus in re* (*actio confessoria, vectigalis, hypothecaria*), elle aura pour effet d'éteindre ou de paralyser le *jus in re* dont le demandeur poursuit la reconnaissance.

[96] L. 14, C., *de rei vindicatione*, 3, 32. « Cum a matre domum filii te sciente, comparasse proponas, adversus eum dominium vindicantem, *si matri non successit*, nulla te exceptione tueri potes. *Quod si venditricis obtinet hereditatem*, doli mali exceptione, *pro qua portione ad eum hereditas pertinet*, uti non prohiberis. » — Fr. 13, § 4, D., *de fundo dotali*, 23, 5.

[97] Fr. 17. 18, D., *de evictionibus*, 21, 2.

[1] Elle est aussi appelée *actio contraria* dans le Fr. 8, pr. D., *si servitus vindicetur*, 8, 5.

[2] *Voy.* ci après, § 223.

quelquefois cette action comme exclusivement destinée à faire cesser l'exercice d'une servitude qu'un autre a usurpée [3]. Mais son usage est plus général, et elle peut être intentée toutes les fois que quelqu'un nous empêche d'agir en propriétaire d'une manière aussi étendue nous en avons le droit, pourvu que la lésion que nous subissons ne soit pas assez grave pour que nous puissions intenter la revendication. Il va sans dire, au reste, que l'acte dont nous nous plaignons doit essentiellement contenir une lésion de notre droit de propriété : des faits qui ne feraient que porter une atteinte accidentelle à la libre disposition de notre chose peuvent donner lieu à une action personnelle contre celui qui s'en est rendu coupable, mais ne suffisent pas pour faire naître l'action négatoire [4].

Le demandeur doit donc prouver qu'il est propriétaire, et que le défendeur a lésé son droit de propriété par un acte qui empêche l'exercice de ce droit dans sa légitime étendue [5]. Dès que ces deux points sont prouvés, la tâche du demandeur est accomplie. Le défendeur, en contestant l'action, peut soutenir qu'il a le droit de faire l'acte dont le demandeur se plaint; mais il doit naturellement en fournir la preuve, puisque la propriété est de sa nature un droit libre et illimité [6].

En intentant l'action, nous concluons à ce qu'il soit déclaré que notre droit de propriété n'est pas soumis à la restriction que le défendeur nous fait subir [7]. Par suite de cette déclaration, le défendeur sera con-

[3] Fr. 26, D., *de servitutibus prædiorum urbanorum*, 8, 2. - Fr. 8, § 5. Fr. 11. 13. 14, § 1, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. - Fr. 17, pr. § 1, D., *eodem*. « Si quando inter ædes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet : jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se. » 1. « Cum in domo Gaii Seii locus quidam *rel.* » - Fr. 2, D., *de arboribus cædendis*, 43, 27. - Fr. 6, § 2, D., *arborum furtim cæsarum*, 47, 7.

[4] *Voy.* les considérations analogues que nous avons exposées, à propos des interdits *retinendæ possessionis*, ci-dessus, § 175, notes 14 et 16. — Faisons observer d'un autre côté que, si le fait dont nous nous plaignons doit nécessairement contenir une lésion partielle de notre *droit de propriété*, la gravité de la lésion est indifférente. Ainsi, pour que nous puissions intenter l'action négatoire aux fins de faire déclarer que l'adversaire n'a pas le droit d'usufruit, il n'est pas nécessaire que ce dernier soit en possession de l'usufruit : il suffit qu'il pose un acte de lésion, quelque minime qu'il soit, avec la prétention de le poser en vertu d'un usufruit qu'il prétend lui appartenir. C'est ainsi que s'explique parfaitement le Fr. 5, § 6, D., *si ususfr. petatur*, 7, 6, sans qu'on ait besoin d'admettre que l'action négatoire puisse être intentée contre quelqu'un qui se borne à élever des prétentions susceptibles de faire craindre une lésion, sans pourtant apporter une atteinte réelle à l'exercice de notre droit.

[5] *Voy.* les textes cités à la note 3 et ci-après, § 223.

[6] *Voy.* ci-après, § 223 *in fine*.

[7] C'est de cette déclaration négative, que vient le nom de l'action. § 2, I., *de actionibus*, 4, 6. « ... Ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi... Istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ... » - Fr. 2 pr. D., *si servitus vind.*, 8, 5. « De servitutibus in rem actiones nobis competunt, tam confessoria quam negatoria : *confessoria* ei qui servitutes sibi competere contendit; *negatoria*, domino qui negat. » - Fr. 2, D., *de*

damné à s'abstenir de tout acte qui impliquerait pareille usurpation et à remettre, s'il y a lieu, les choses en l'état où elles doivent se trouver en vertu des droits constatés au procès [8]. Il peut y avoir en outre condamnation aux dommages et intérêts. Enfin, pour garantir l'exécution de la sentence, le juge, s'il le trouve nécessaire, imposera au défendeur une caution du chef de tout trouble ultérieur [9].

§ 208. III. *De l'action Publicienne* †.

Nous avons expliqué ci-dessus l'origine de la fiction qui sert de base à l'action Publicienne, et qui consiste à considérer comme propriétaire celui qui n'est que possesseur *ad usucapionem* [1]. L'action Publicienne ne diffère donc de la revendication que par la qualité du demandeur.

Tandis que le demandeur, dans la revendication, doit prouver son droit de propriété, il lui suffit, dans l'action Publicienne, d'avoir eu la possession de la chose en vertu d'une juste cause, propre en thèse générale à donner le droit de propriété [2]. Car dès lors la bonne foi n'ayant pas besoin d'être prouvée [3],

arboribus cædendis, 43, 27 « ... Recte agere potes : JUS SI NON ESSE ITA ARBOREM HABERE » et *passim*.

[8] Fr. 7. 12. 14, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. - L. 8, C., *de servitutibus*, 3, 34. — Il se peut aussi que l'action conduise même à la restitution de la chose, par exemple quand un autre usurpe l'usufruit de mon bien. Mais dans ce cas nous pourrons également nous servir de la revendication. Fr. 5, pr. D., *si ususfr. petatur*, 7, 6.

[9] Fr. 5, pr. § 6, D., *si ususfr. pet.*, 7, 6. - Fr. 4, § 2. Fr. 6, § 6. Fr. 7. Fr. 12. Fr. 14 pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5. - L. 8, C., *de servitutibus*, 3, 34.

† Tit. D., *de Publiciana in rem actione*, 6, 2. Ce titre du Digeste se trouve traduit et commenté dans l'ouvrage de M. PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur le droit de propriété*, pages 427 et suivantes.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 178, notes 53 sqq. — Le nom de *Publiciana* est également donné à une action qui repose sur une fiction diametralement opposée, et d'après laquelle une usucapion accomplie est considérée comme n'ayant pas eu lieu. C'est un cas de restitution pour cause d'absence, introduit par le préteur Publicius. *Voy.* ci-dessus, § 60, note 56, et § 201, note 26. Les commentateurs l'appellent aussi *rescissoria Publiciana*, pour la distinguer de celle dont nous parlons dans ce paragraphe. Fr. 28, § 5. 6. D., *ex quibus causis majores*, 4, 6.

[2] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Ait Prætor : SI QUIS ID QUOD TRADITUR EX JUSTA CAUSA NON A DOMINO ET NONDUM USUCAPTUM PETIT, JUDICIUM DABO. » En prenant l'édit à la lettre, il aurait donc fallu *tradition;* mais la Publiciana était également admise dans tous les cas où le demandeur avait acquis la possession de la chose d'une autre manière quelconque, pourvu que l'appréhension eût eu lieu *ex justa causa*. Fr. 2, 3. Fr. 7, pr. Fr. 11, § 2. Fr. 12. § 1. Fr. 14. D., *h. t.* - Fr. 63, D., *ad Sc. Trebell.*, 36, 1. - Fr. 18, § 15, D., *de damno infecto*, 39, 2. Ici se présente de nouveau la controverse sur la valeur du titre putatif controverse que le jurisconsulte ULPIEN, Fr. 7, § 2, D., *h. t.* décide pour notre matière en faveur de ce titre. *Voy.* au-reste ci-dessus, § 199, notes 52 et 55. — L'action Publicienne peut même compéter à quelqu'un qui n'a jamais *possédé* la chose qu'il revendique; mais cela n'a lieu que dans des cas exceptionnels où le titre sur lequel nous fondons notre droit à la chose est de nature à transférer la proprieté sans prise de possession. Fr. 11, § 2. Fr. 12, § 1. Fr. 15, D., *h. t.* Cf. Fr. 1, § 2, D., *eodem* et ci-après, t. III, §§ 501. 506.

[3] Le texte de l'édit transcrit au Fr. 1, pr. D., *h. t.*, ne parle pas de la bonne foi; mais dans

il réunit les conditions de la *possessio ad usucapionem* [4]. Sa position est donc beaucoup plus avantageuse que celle du demandeur dans la revendication, lequel est obligé de prouver le droit de propriété de ses auteurs, toutes les fois qu'il a acquis la chose par un mode dérivé. Pour éviter cette preuve, souvent difficile et compliquée, le propriétaire peut trouver préférable de se servir de l'action Publicienne [5], dans laquelle il satisfait à toutes les conditions dès qu'il établit le juste titre en vertu duquel il a acquis la possession de la chose litigieuse. C'est par cette raison que, de fait, l'action Publicienne est d'une application plus fréquente que la revendication.

L'action Publicienne peut être intentée contre tout possesseur de la chose qui n'a pas au moins un aussi bon droit que le demandeur [6]. Elle ne peut être intentée contre le propriétaire; car la vérité l'emporte sur la fiction, et la propriété jouit d'une protection absolue [7]. Elle est donnée sans restriction contre les possesseurs sans titre ou sans bonne foi. Mais qu'arrivera-t-il lorsqu'elle est intentée contre quelqu'un qui possède également *ad usucapionem?* Dans ce conflit, si les deux parties tiennent leur droit du même auteur, le jugement sera en faveur de celle à qui la tradition a été faite en premier lieu; dans le cas contraire, la préférence est accordée à celle qui se trouve en possession [8].

son commentaire Ulpien cite les mots : QUI BONA FIDE EMIT, qui se trouvaient probablement dans une formule spéciale donnée à celui qui possédait *pro emtore*, Fr. 7, § 11, D., *h. t.*—La mauvaise foi survenue par la suite empêche-t-elle la Publicienne? Pas plus qu'elle ne fait obstacle à l'usucapion. *Voy.* ci-dessus, § 199, note 15 et Fr. 7, § 14, D., *h. t.* Pour écarter le Fr. 11, § 3. D., *eodem*, qui semble dire le contraire, l'on a proposé de changer le mot *experiatur* en *pariat*, ce qui suffirait, à la vérité, pour donner à ce passage un sens parfaitement convenable. Mais comme ce changement n'est autorisé par aucun manuscrit, il vaut mieux considérer ce texte comme renfermant une décision isolée, motivée par la nature particulière de l'espèce dans laquelle elle est rendue.

[4] Naturellement l'action Publicienne ne peut avoir lieu à l'égard des choses dont l'usucapion est *prohibée* (ci-dessus, § 198, A). *Fr.* 9, § 5. Fr. 12. § 2. 4, D., *h. t. Voy.* au reste ci-après. § 235, A, 1.

[5] Fr. 39, § 1. Fr. 66, D., *de evictionibus*, 21, 2.

[6] Le Fr. 7, § 7, D., *h. t.*, apporte à cette règle une restriction toute particulière.

[7] Fr. 16, 17, D., *h. t.* C'est dans ce cas qu'on peut parler d'une *exceptio justi dominii*, qui aura pour effet de paralyser l'action Publicienne. Cependant il peut se faire que cette exception soit à son tour détruite par une *replicatio rei venditæ et traditæ* ou *rei judicatæ*. Fr. 72, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 7, § 3. Fr. 14, D., *h. t.* - Fr. 28, D., *de noxal. act.*, 9, 8. - Fr. 2, D., *de exc. rei vend.*, 21, 3. - Fr. 18, § 15, D., *de damno infecto*, 39, 2. - Fr. 4, § 32, D., *de doli mali except.*, 44, 4. Cf. Fr. 24, D., *de except. rei judicatæ*, 44, 2 et Fr. 22, D., *de pignoribus*, 20, 1 (ci-dessus, § 206, note 92 et ci-après, § 241, n° 2.

[8] Cette règle se trouve exprimée de la manière la plus positive par Julien et Ulpien dans le Fr. 9, § 4, D., *h. t.* Elle est de plus appliquée par analogie dans le Fr. 14, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4. — Cependant un fragment de Nératius accorde la préférence dans tous les cas à celui à qui la tradition a été faite en premier lieu. Fr. 31, § 2, D., *de act. emti*, 19, 1. « ... Sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. » L'opinion de Julien et d'Ulpien semble mériter la préférence comme étant à la fois mieux motivée et d'une date plus récente. On a cherché à faire disparaître la contradiction en entendant la décision de Néra-

Quant au but et aux effets, l'action Publicienne est en tout analogue à la revendication [9].

Le principe de l'action Publicienne, d'abord restreint au cas où la lésion provient de ce qu'un autre détient corporellement la chose que nous poursuivons, a été par la suite généralisé, et on l'applique particulièrement par extension à l'exercice des servitudes [10].

COMMENT LA PROPRIÉTÉ SE PERD.

§ 209.

Le droit de propriété suppose comme condition essentielle une chose soumise à notre volonté, conformément à la loi qui nous assure protection. Il est évident qu'il doit cesser dès que l'une de ces trois conditions vient à manquer. La propriété se perd donc :

I. Lorsque la chose périt ou est consommée [1]. Il en est de même quand elle se trouve dans une condition qui la rend inhabile à la propriété privée. Ainsi nous perdons le domaine du champ couvert par la mer, de l'endroit devenu religieux par l'enterrement d'un mort [2]. Par des motifs analogues, nous cessons d'avoir la propriété des animaux sauvages qui recouvrent leur liberté naturelle et des animaux apprivoisés qui perdent l'habitude du retour [3]. Enfin le butin repris par l'ennemi est perdu pour nous, en vertu du *jus postliminii* qui, dans ce cas, opère en faveur de l'ennemi [4].

tius du cas où un possesseur dépossédé serait intervenu dans une action Publicienne intentée par un autre acheteur de bonne foi contre le tiers possesseur sans titre. Cet essai est certes fort ingénieux; mais il ne saurait être admis dans la législation romaine, qui ne connait pas de pareille intervention dans une action revendicatoire engagée entre des personnes tierces. Arg. Fr. 57, D., *de heredit. petit.*, 5, 3. - Fr. 57, D., *de rei vind.*, 6, 1.

[9] Fr. 7, § 8, D., *h. t.* « In Publiciana actione omnia eodem sunt, quæ et in rei vindicatione diximus. »

[10] *Voy.* ci-après, §§ 222. 223. 235. 241.

[1] § 16, I., *de legatis*, 2, 20. — Rappelons ici que la perte du droit de propriété, que nous pouvons subir par suite de spécification, accession (spécialement *inædificatio*), commixtion (particulièrement quand il s'agit d'argent monnayé) provient de ce que notre chose est censée périe ou consommée. *Voy.* ci-dessus, §§ 185-190.

[2] Fr. 23, D., *quib. modis ususfr. amitt.*, 7, 4. - Fr. 3, § 7, D., *de fluminibus*, 43, 12. - Fr. 30, § 1, D., *de acq. poss.*, 41, 2. — Pour le cas où un tiers enterre un mort dans notre terrain, *voy.* § 9, I., *de rer. div.*, 2, 1 et Fr. 7. 8, D., *de religiosis*, 11, 7.

[3] § 12. 15, I., *de rer. div*, 2, 1. - Fr. 3, § 2. Fr. 4. Fr. 5, pr. § 4. 5, 6. Fr. 34. 58, D., *de acquir. rerum dom.*, 41, 1. - Fr. 43, § 4 sqq., D., *de furtis*, 47, 2.

[4] Arg. § 17, I., *de rer. div.*, 2, 1. « Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt : adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, *si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.* » - Cf. Cic., *pro Balbo*, 12. — C'est également par suite d'un *jus postliminii* que nous perdons

II. Par notre volonté, soit que nous nous bornions à ne vouloir plus être propriétaire, soit que nous ayons l'intention de transférer notre propriété à un autre. — Dans le premier cas, la chose que nous abandonnons devient *res nullius, res derelicta*, et peut être acquise par le premier venu [5]. — Le second cas constitue une aliénation. En général, toute personne capable de disposer de ses droits est également capable d'aliéner [6]. Cependant la loi a introduit quelques restrictions, particulièrement : *a*) Les choses litigieuses ne peuvent point être aliénées [7]. *b*) Le mari ne peut aliéner l'immeuble qui lui a été donné en dot, *fundus dotalis* [8]. *c*) Les pupilles sont absolument incapables d'aliéner sans l'autorisation du tuteur [9]. *d*) La capacité des mineurs est restreinte sous plusieurs rapports [10]. Quand il s'agit de ces défenses, le mot aliénation doit être pris dans le sens le plus étendu : il désigne non-seulement le transfert de la propriété en entier, mais il comprend aussi tout démembrement quelconque, tel que la constitution d'un *jus in re*, particulièrement d'une servitude ou d'un droit d'hypothèque [11]. L'aliénation faite au mépris d'une défense légale ne transfère point la propriété; elle ne sert pas même de titre à l'usucapion ordinaire [12]. La défense d'aliéner imposée par convention ou par testament n'a pas pour effet d'annuler l'aliénation qui se fait contrairement à la défense; mais elle peut faire naître, s'il y a lieu, une action en dommages et intérêts à la charge de la personne à laquelle la défense a été imposée [13].

III. Lorsque la loi refuse de reconnaître notre pouvoir et de le protéger. Il est d'abord évident que la mort civile, *capitis deminutio magna*, qui nous prive de toute capacité civile, nous fait également perdre la propriété des choses que nous avons en notre pouvoir. La *capitis deminutio minima* produisait autrefois le même effet, mais Justinien a introduit dans cette ma-

la propriété des constructions que nous avons élevées dans la mer ou sur les bords de la mer et que la mer vient couvrir. *Voy.* ci-dessus, § 112, note 13, et Fr. 5, § 1, Fr. 6, pr. D., *de divis. rerum*, 1, 8. - Fr. 14, D., *de acquir. rerum dom.*, 41, 1.

[5] § 47. 48, I., *de rer. divis.*, 2, 1. - Tit. *pro derelicto*, 41, 7. - Cf. Fr. 2, § 8, D., *de lege Rhodia de jactu*, 14, 2.

[6] Rappelons que l'aliénation peut se faire par représentant, et même contre notre volonté actuelle, en vertu d'un mandat donné antérieurement. Exemple : la vente faite par le créancier hypothécaire. § 1, I., *quibus alienare licet vel non*, 2, 8. *Voy.* ci-après, § 247.

[7] L. 2. 4, C., *de litigiosis*, 8, 37. *Voy.* ci-dessus, § 141, note 93

[8] Pr. I., *quibus alienare licet vel non*, 2, 8. *Voy.* ci-après, t. III, § 392.

[9] § 2, I., *quibus alienare licet vel non*, 2, 8. *Voy.* ci-après, t. III, § 427.

[10] *Voy.* ci-après, t. III, § 437.

[11] L. ult. C., *de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca*, 4, 51. Ajoutez Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.*, 50, 16. « *Alienationis* verbum etiam *usucapionem* continet ; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem. » - *Voy.* ci-dessus, § 120, notes 17. 18.

[12] L. 5, C., *de legibus*, 1, 14. - *Voy.* ci-dessus, § 199, A, n° 3.

[13] *Voy.* pour les détails, ci-après, t. II, § 331, n° 7, et t. III, § 497.

tière des modifications que nous exposerons plus tard [14]. Dans la plupart de ces cas, au reste, la perte de la propriété est une conséquence inévitable de ce que les biens de celui qui subit la diminution sont par la loi attribués à l'État ou à une autre personne. En effet, c'est un principe qui dérive de la nature de la propriété, que la même chose ne puisse appartenir en entier à deux personnes différentes. *Plures eandem rem in solidum habere non possunt* [15]. De ce que la loi donne à un autre la propriété de notre chose, il résulte nécessairement que nous cessons d'en être propriétaire. Nous avons vu de nombreuses applications de cette règle quand nous avons traité de la spécification, de l'accession, de l'usucapion et des cas dans lesquels la propriété est transmise sans que la volonté du propriétaire y concoure [16]. Nous devons également ranger dans cette catégorie la révocation de la propriété dans les cas exceptionnels que nous avons signalés ci-dessus [17].

TITRE DEUXIÈME.

DES SERVITUDES †.

—

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 210.

Le mot *servitus* indique un rapport de soumission, une restriction de la liberté. Appliqué aux choses corporelles, il signifie que la propriété de ces choses est assujettie à certaines restrictions qui ont pour effet de diminuer la liberté illimitée qui est de la nature de ce droit. Le même mot sert aussi à désigner le droit de celui en faveur duquel ces restrictions sont établies. — Tout démembrement du droit de propriété constitue donc une servitude, et rien ne semble s'opposer à ce que ce nom soit appliqué d'une

[14] *Voy.* ci-après, t. III, § 413, n° 1.

[15] *Voy.* ci-dessus, § 180, n° 2.

[16] Par exemple, l'aliénation par le fisc d'une chose qui appartient à autrui. Ci-dessus, § 192, note 96.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 180, note 56, et ci-après, t. II, § 331, t. III, § 477.

† De cette matière traitent Titt. Inst., II, 3. 4. 5; dans le Digeste les livres VII et VIII; dans le Code les Titt. C., III, 33. 34.

manière générale à tous les *jura in re* [1]. Cependant les Romains ont réservé la dénomination de servitude à une classe particulière de droits réels, et ils ont employé des termes nouveaux pour désigner les autres catégories de *jura in re* plus ou moins analogues. La raison en est probablement qu'à l'époque où ces derniers furent créés, le système des anciennes servitudes était déjà trop développé pour qu'il fût possible d'y faire entrer des institutions nouvelles, d'autant plus que les servitudes présentaient une particularité qui ne se rencontre dans aucun autre droit réel, et qui consiste en ce qu'elles ne peuvent exister en faveur d'une personne ou d'un fonds individuellement et invariablement déterminés.

Pour qu'il y ait servitude, il faut donc que l'exercice d'un droit de propriété ait été restreint par le démembrement de certains éléments contenus dans l'idée originaire de ce droit [2]. Pareil démembrement peut se faire de deux manières : 1° L'exercice de notre propriété peut être restreint parce que nous n'avons pas le droit de faire tout ce que nous pourrions faire, si le *jus in re* n'existait pas : la restriction consiste à ne pas faire quelque chose, *non faciendo*. 2° L'exercice de notre propriété peut être limité en ce que nous devons souffrir qu'un autre fasse quelque chose que nous serions en droit de l'empêcher de faire, si le *jus in re* n'existait pas : la restriction consiste à souffrir quelque chose, *patiendo* [3].

On pourrait imaginer un troisième cas, savoir : que le propriétaire de la chose soumise serait tenu de faire quelque chose, ou que la charge imposée à la propriété consisterait *faciendo*. Mais une pareille soumission ne peut jamais donner lieu à un *jus in re*. Car d'abord cette charge imposée au propriétaire ne serait ni une restriction ni un démembrement du droit de propriété. Ensuite, elle serait tout à fait incompatible avec l'idée du droit réel, lequel doit exister abstraction faite de tout individu, hors celui qui a le droit : or, l'obligation de faire quelque chose suppose toujours une personne déterminée à qui elle incombe ; elle ne peut donc jamais être l'objet d'un droit réel [4].

[1] Dans le Fr. 86, § 4, D., *de legatis, I* (30) le droit de superficie est en effet qualifié de *servitude*.

[2] Une chose qui n'est grevée d'aucune servitude, et dont la propriété est libre et illimitée, est appelée *res optima maxima*. Fr. 90, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Ædes optimæ maximæ. » - Fr. 169, D., *eodem*. « Fundus optimus maximus » et *passim*. - Ce terme a cependant encore une signification plus étendue. Paul, VI, 27 B, 45.

[3] Fr. 15, § 1, D., *de servitutibus*, 8, 1. « Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat. »

[4] Fr. 15, § 1, D., *de servitut.*, 8, 1 cité à la note précédente. - Fr. 6, § 2, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. - Fr. 81, § 1, D., *de contrah. emt.*, 18, 1. C'est pourquoi nous lisons dans le Fr. 6, § 2, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. « ... Servitutem non hominem debere, sed rem. » Cf. Fr. 19, D., *quibus modis ususfructus amittatur*, 7, 4. — Nous aurons à expliquer ci-après, § 219, n° 2, une exception apparente à cette règle, qui se rencontre dans la *servitus oneris ferendi*.

Le droit de servitude est inhérent à la chose assujettie, et en constitue pour ainsi dire une qualité négative [5]. Il est protégé par une *in rem actio*, qu'on appelle *confessoria*, parce qu'elle tend à faire reconnaître que le droit nous compète [6].

Avant d'examiner les diverses espèces de servitudes, nous exposerons quelques principes généraux qui dérivent de la nature même de ces droits.

1° Comme la servitude est un démembrement du droit de propriété, elle n'est jamais présumée exister. Celui qui veut s'en prévaloir doit en prouver l'existence et l'étendue [7]. — 2° Personne ne peut avoir une servitude sur sa propre chose. *Nulli res sua servit* [8]. — 3° On ne peut établir de servitudes sur une servitude [9]; car, pour qu'il y ait servitude, il faut un droit de propriété dont on démembre certains éléments [10]. — 4° La servitude doit procurer un avantage à celui en faveur duquel elle est établie [11]. — 5° Les servitudes sont indivisibles [12]. En effet, l'objet de la servitude est de souffrir ou de ne pas faire quelque chose; et l'on ne saurait évidemment

[5] Fr. 20, § 1, D., *de acq. rerum dominio*, 41, 1. - L. 2, C., *de usufructu*, 3, 33. — *Voy.* ci-après, § 218 et § 230, n° 3.

[6] *Voy.* ci-après, § 222.

[7] Fr. 9. 14. 19 pr. Fr. 20, § 4. 5, D., *de servit. prædiorum urbanorum*, 8, 2. - Fr. 16, D., *de servit. præd. rusticorum*, 8, 3. - Fr. 8, § 3, 6. Fr. 17, § 2, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. - L. 4. 6. 8. 9. 11, C., *de servitutibus*, 3, 34.

[8] Fr. 26, D., *de servit. prædiorum urbanorum*, 8, 2. « Nulli... res sua servit. » - Fr. 33, § 1, D., *de servit. prædiorum rusticorum*, 8, 3. « Nullum prædium ipsum sibi servire... potest. » - Fr. 5, pr. D., *si ususfr. petatur*, 7, 6. - Fr. 78, pr. D., *de jure dotium*, 23, 3. — *Voy.* cependant ci-après, § 230, note 13.

[9] Fr. 1, D., *de usu et usufructu per legat. datis*, 32, 2. « Servitus servitutis esse non potest. » - Fr. 33, § 1, D., *de servit. præd. rust.*, 8, 3. — Il est cependant permis de concéder à un autre l'usage d'une servitude constituée en notre faveur. Pareille concession fait naître un droit d'obligation. *Voy.* les passages cités.

[10] Il y a encore une autre raison qui s'oppose à ce qu'on établisse une *servitus servitutis*. En effet, les servitudes sont inaliénables (ci-après, § 230); *or* le démembrement d'une servitude constituerait une aliénation des pouvoirs qu'elle contient.

[11] Fr. 15, pr. D., *de servit.*, 8, 1. « Quoties nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas. » — *Voy.* encore ci-dessus, § 121, note 30, et ci-après, § 218, n° 1.

[12] Pomponii *fragmentum*. « Et servitutes dividi non possunt : nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat. » — Fr. 19, D., *de usu et habitat.*, 7, 8. - Fr. 17, D., *de servitut.*, 8, 1. - Fr. 6, § 1, D., *communia prædiorum*, 8, 4. - Fr. 6, § 4, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. - Fr. 7, D., *de servitute legata*, 33, 3. - Fr. 14, § 1, D., *de alimentis legatis*, 34, 1. - Fr. 1, § 9. Fr. 7, 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam*, 35, 2. - Fr. 72, pr. D., *de verb. obl.*, 45, 1. - Fr. 13, § 1, D., *de acceptilatione*, 46, 4. — Il s'ensuit qu'on ne peut *acquérir*, ni *exercer*, ni *perdre* une servitude *partiellement*. De cette règle découlent des conséquences très-importantes que nous exposerons quand nous traiterons de l'acquisition et de l'extinction des servitudes (ci-après, §§ 226. 230. 231). Quant à l'influence de l'indivisibilité sur l'exercice des servitudes, nous renvoyons aux passages suivants : Fr. 4, § 2. Fr. 5, 7, D., *de servitutibus*, 8, 1. - Fr. 3, § 3. Fr. 25, § 3. Fr. 23, D., *de servit. prædiorum rustic.*, 8, 3. - Fr. 4, § 3. 4. Fr. 6, § 4. Fr. 19, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. - Fr. 19, § 4. D., *communi dividundo*, 10, 3. - Fr. 5, pr. D., *de aqua quotidiana*, 43, 20. - Fr. 1, § 5, D., *de arboribus cædendis*, 43, 27. *Voy.* aussi ci-après, §§ 222. 225.

diviser ces deux manifestations de soumission [13]. D'autre part, le droit de servitude implique activement une manifestation quelconque de l'usage de la chose assujettie : or, l'usage d'une chose n'admet pas davantage l'idée de la divisibilité [14]. Sous ce dernier rapport, cependant, l'usufruit diffère des autres servitudes, comme nous le verrons ci-après; et c'est pourquoi on a considéré ce droit exceptionnellement comme divisible [15]. — 6° Le propriétaire de la chose assujettie ne peut rien faire qui tende à empêcher l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode [16]. De son côté, celui qui a le droit de servitude doit en user de la manière la moins onéreuse pour la chose grevée, *civiliter* [17].

Les Romains divisent les servitudes en *servitutes prædiorum* ou *rerum* et *servitutes personarum* ou *hominum*, selon que le droit est accordé en faveur d'une personne ou d'un fonds [18]. Les premières sont inhérentes à un individu comme tel, et supposent cette individualité comme un élément essentiel. Les *servitutes prædiorum*, à la vérité, compètent aussi à une personne (car tous les droits exigent comme sujet une personne), mais elles diffèrent des servitudes personnelles, en ce qu'elles sont, non pas inhérentes à tel individu, mais à la qualité de propriétaire de tel fonds déterminé. Les *servitutes prædiorum* sont aussi appelées *jura prædiorum* ou *servitutes* par excellence [19].

[13] Il ne viendra à l'esprit de personne de dire qu'une maison qui ne peut être élevée au delà d'une hauteur de vingt pieds, soit deux fois plus assujettie que celle qui peut être élevée jusqu'à la hauteur de quarante pieds. Un chemin qui ne conduit que jusqu'au milieu d'un fonds n'est ni un passage, ni un demi-passage : il n'a rien du *passage*. *Voy.* aussi, sur la notion de l'indivisibilité, ci-après, t. II, § 276.

[14] *Voy.* ci-après, § 215.

[15] *Voy.* ci-après, § 212, note 20.

[16] Fr. 17, pr. § 1. Fr. 20, § 6, D., *de servit. præd. urb.*, 8, 2. - Fr. 13, § 1, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - L. 8. C., *h. t.*, 3, 34. — Il en résulte que le propriétaire de la chose assujettie doit souffrir tout ce qui est nécessaire pour l'exercice de la servitude (Fr. 10, D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 20, § 1, D., *de servit. præd. urb.*, 8, 2. - Fr. 3, § 3. Fr. 14, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 11, D., *comm. præd.*, 8, 4. - Fr. 3, § 16. Fr. 4, pr. D., *de itinere actuque priv.*, 43, 19), et qu'il ne peut point établir de servitudes nouvelles qui empêcheraient l'usage d'une servitude déjà existante. Fr. 15. § 7. Fr. 16, D., *de usufructu*, 7, 1. - Fr. 14. D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 15, D., *communia prædiorum*, 8, 4. - Fr. 8, D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione*, 39, 3.

[17] Fr. 9, D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 20, § 4, D., *de serv. præd. urb.*, 8, 2. - Fr. 24. 29, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 13, § 1, D., *comm. præd.*, 8, 4. - Fr. 4, § 1. Fr. 5, § 1, D., *de itinere actuque privato*, 43, 19.

[18] Les commentateurs ont créé beaucoup d'autres divisions tout au moins superflues. Ainsi ils appellent *servitudes affirmatives* celles qui consistent *patiendo* et *négatives* celles qui consistent *non faciendo*. Ils distinguent encore les *servitutes continuæ* et *discontinuæ* (ci-après, § 228, Obs.), les *servitutes regulares* et *irregulares* (*voy.* § 211, note 3); enfin ils parlent d'une *servitus qualificata* (ci-après, § 219, note 3).

[19] Fr. 1. 15 pr. D., *de servitutibus*, 8, 1 et *passim*. — Le livre VII du Digeste traite spécialement des *servitudes personarum*, tandis que le livre VIII est consacré aux *servitutes prædiorum*.

DES SERVITUDES PERSONNELLES.

§ 211. *Observations générales.*

Il y a servitude personnelle toutes les fois que l'usage d'une chose a été accordé comme droit réel à une personne déterminée autre que le propriétaire. Ce droit, comme nous l'avons dit dans le paragraphe précédent, est inhérent à l'individualité du titulaire et s'éteint avec elle [1].

L'utilité qu'une chose peut offrir se manifeste, d'après les idées romaines, de deux manières: par le simple usage de la chose et par la perception des fruits qu'elle peut produire. Quand notre jouissance réunit ces deux éléments, elle est appelée *usus et fructus*, *ususfructus*. Mais le simple usage d'une chose peut également être constitué comme droit réel séparé, *usus*. L'usufruit et l'usage étaient donc les servitudes personnelles régulières, consacrées par le *jus civile*, et soumises à des règles certaines qui dérivaient de la loi ou de la jurisprudence. Si, en dehors de ces formes régulières, on voulait concéder des droits d'usage plus ou moins étendus, le caractère de ces droits dépendait dans chaque espèce de l'intention particulière des constituants [2]. La jurisprudence finit cependant par créer des catégories pour les cas qui se présentaient le plus fréquemment. C'est ainsi que déjà du temps de Julien et de Gaïus le droit d'habiter la maison d'autrui, *habitatio*, et l'usage des travaux d'un esclave étranger, *operæ servorum*, apparaissent comme des espèces particulières de servitudes personnelles. D'autres cas de concession d'usage partiel d'une chose, s'il s'en présente, doivent être jugés d'après les conditions particulières de la concession, lesquelles, au reste, ne peuvent naturellement être en contradiction avec les règles fondamentales de la matière [3].

[1] *Voy.* ci-après, § 250, nº 4.

[2] C'est ce que les jurisconsultes expriment, en disant que de pareilles servitudes *in facto potius quam in jure consistunt*. Fr. 10, D., *de capite minutis*, 4, 5. Cette distinction n'était pas sans quelque importance pratique, même pour les droits qui furent par la suite considérés comme constituant des catégories régulières de servitudes personnelles. *Voy.* ci-après, §§ 215. 216.

[3] Nos sources ne mentionnent que très-peu d'exemples de pareilles servitudes personnelles, qu'on pourrait, à l'instar des contrats, appeler *innomées*. Fr. 4. 6 pr. D., *de servitut. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 37, D., *eodem.* « LUCIUS TITIUS GAIO SEIO FRATRI S. P. *De aqua fluente in fontem, quem pater meus in Isthmo instruxit, da concedoque tibi gratuito digitum, sive ad domum, quam in Isthmo tenes, sive quocumque tandem volueris.* » Quæro, an hac scriptura usus aquæ etiam ad heredes Gaii Seii pertineat? Paulus respondit, usum aquæ personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere. » - Fr. 6, D., *de servitute legata*, 33, 3. - Fr. 14, § 3, D., *de alimentis legatis*, 34, 1. - Fr. 1, § 43, D., *de aqua quotidiana et æstiva*, 43, 20. — Une phrase du Fr. 14, § 3, D., *de alimentis legatis*, 34, 1, qui semble exiger, pour la validité d'une pareille servitude l'existence d'un fonds voisin, a engagé plusieurs

§ 212. *De l'usufruit* †. —*Nature de ce droit.*

L'usufruit, *ususfructus*, est un *jus in re*, en vertu duquel nous pouvons user de la chose d'autrui et en tirer les fruits, sans en altérer la substance [4]. Il se compose donc de deux éléments : du droit d'user de la chose assujettie, *usus*, et du droit d'en percevoir les fruits, *fructus* [5]. — Celui à qui pareil droit est accordé s'appelle *usufructuarius* ou *fructuarius*. Par opposition, le maitre de la chose sujette à l'usufruit se nomme *proprietarius* ou *dominus proprietatis*, de même que son droit est appelé *proprietas* par excellence, ou *nuda proprietas* [6].

L'usufruitier peut user de la chose de la manière la plus étendue [7], pourvu que l'usage qu'il en fait soit conforme à la destination de la

commentateurs à créer une prétendue catégorie de *servitutes irregulares*, qui, de leur nature seraient des servitudes prédiales et soumises aux règles générales de ces servitudes, tout en étant susceptibles d'être constituées en faveur d'une individualité déterminée. Mais les divers textes que nous avons cités ci-dessus prouvent l'inanité de cette hypothèse. Toute servitude constituée en faveur d'une individualité déterminée est une servitude personnelle, soumise aux règles propres à cette catégorie de servitudes. Le passage du Fr. 14, § 3, D., *cité* est, à la vérité, incompatible avec ce que nous venons de dire ; mais ce texte est évidemment altéré, et dès lors il est bien permis d'y faire la correction suivante qui donne un sens parfait : « Nam et haustus aquæ ut pecoris ad aquam appulsus est servitus ; personæ tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur. » *Voy.* M. de Wangerow, *Leitfaden.* § 339.

† *Vat. fragm. de usufructu*, 41-93. - Tit. I., *de usufructu*, 2, 4. - Tit. D., *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1, ainsi que les autres titres du livre septième. - Tit. C., *de usufructu et habitatione et ministerio servorum*, 3, 33.

[4] Fr. 1, D., *h. t.* - § 1, I., *eodem.* « *Ususfructus* est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. » Quelques commentateurs traduisent les mots : *salvo rerum substantia, tant que dure la substance;* mais cette traduction, qui aurait d'ailleurs l'inconvénient de rendre la définition extrêmement triviale, ne semble pouvoir être admise en présence d'un passage d'Ulpien, XXIV, 26. « Ususfructus legari potest... earum rerum, quarum *salva substantia utendi fruendi potest esse facultas...*

[5] Ces deux éléments peuvent être séparés. Nous savons en effet qu'il existe une servitude personnelle qui ne comprend que le *jus utendi, usus. Voy.* ci-après, § 215. Mais le *fructus* ne peut guère exister comme un droit séparé. Paul, III, 6, 24 sq. - Fr. 14, § 1. 2, D., *de usu et habit.*, 7, 8. - Cf. Fr. 42 pr. D., *h. t.* - *Voy.* cependant Fr. 14, § 3, D., *de usu*, 7, 8. - Fr. 5, § 2, D., *usufructuarius quemadmodum caveat*, 7, 9 et Fr. 13, § 3, D., *de acceptilatione*, 46, 4.

[6] Gaius, II, 30. - § 3. 4, I., *h. t.* et *passim.* - Souvent aussi le droit d'usufruit est particulièrement désigné par le mot *jus* en opposition à la propriété, *res* ou *res corporalis. Voy.* ce que nous avons dit sur la terminologie des droits réels, ci-dessus, § 179 vers la fin.

[7] Particulièrement son droit d'usage et de jouissance n'est point limité par ses besoins personnels, § 1, I., *de usu*, 2, 5. - Fr. 9, in f. Fr. 12, § 2, D., *h. t.* — Nous rappellerons ici ce que nous avons dit ci-dessus, § 210, n° 6, savoir que le nu propriétaire ne peut rien faire qui empêche l'usage du droit d'usufruit. Fr. 7, § 1. Fr. 17 pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 1, § 2. 4, D., *si ususfructus petetur*, 7, 6. — Une disposition positive lui défend d'établir, sur le fonds sujet à l'usufruit, des servitudes qui restreignent l'exercice de l'usufruit, quand même l'usufruitier y consentirait. Fr. 15, § 7. Fr. 16, D., *h. t.*

chose et que la substance n'en subisse point des altérations essentielles [8]. Le droit s'exerce sur la chose comme sur les accessoires [9]. Il en résulte que l'usufruitier d'un fonds peut exercer les servitudes attachées à ce fonds [10]. — Il a le droit de percevoir tous les fruits naturels ou civils [11]. Mais il peut se présenter des doutes sur la question de savoir si tel produit de la chose assujettie doit être considéré comme fruit. Les lois romaines contiennent à cet égard plusieurs décisions parmi lesquelles nous distinguons les suivantes.

L'usufruit d'un esclave donne droit à tout ce qui provient des travaux de l'esclave ou des biens que l'usufruitier lui a confiés [12]. Les enfants d'une esclave sont attribués au propriétaire et non pas à l'usufruitier [13]. — Si l'usufruit comprend des bois, les droits de l'usufruitier sont en général déterminés par la nature et la destination du fonds. Ainsi il peut disposer des arbres d'une pépinière, mais à charge de les remplacer [14]. Dans les bois taillis il peut couper à volonté, pourvu qu'il ne détériore point le fonds [15]. Dans les autres bois, les arbres qui meurent sont à sa disposition, mais à charge de les remplacer; il peut y prendre également des branches et des échalas pour ses vignes, mais il n'a pas le droit de couper les arbres de haute futaie [16]. Cette dernière restriction disparaîtrait cependant si une forêt de haute futaie était l'unique ou au moins le principal objet de l'usufruit. Dans ce cas, en effet, il profiterait des coupes selon l'aménagement de l'exploitation [17]. — L'usufruitier jouit des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de son droit. Il ne peut en ouvrir

[8] Fr. 7 in f. 8. 13, § 1-8. Fr. 44. 61, D., *h. t.* - *Voy.* aussi ci-après, note 18.

[9] Fr. 9, § 1. 4. 6, 7. Fr. 15, § 6, D., *h. t.* — Il a aussi l'usufruit de l'alluvion; mais il va sans dire qu'il n'en a pas la propriété. PAUL, III, 6, 22. — Des dispositions positives lui refusent l'usufruit de l'île qui se forme dans le fleuve. Fr. 9, § 4, D., *h. t.*

[10] Fr. 1, pr. D., *si ususfructus petetur*, 7, 6.

[11] §§ 36. 37, I., *de rerum divisione*, 2, 1. - Fr. 29, D., *de hereditatis petitione*, 5, 3. - Fr. 7, pr. Fr. 9, pr. Fr. 15, § 5. Fr. 27, pr. § 1, D., *h. t.*- Fr. 59, § 1, D., *eodem*. « Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet. Pensiones quoque jam antea locatorum agrorum... » — Fr. 12, § 1, D., *de usu*, 7, 8. - Fr. 28, 36, D., *de usuris*, 22, 1. - Fr. 39, § 1, D., *de leg. I.* (30).

[12] GAIUS, II, 91. « Quidquid ex re nostra vel ex operis suis acquirunt. » - ULPIEN, XIX, 21. - § 4, I., *per quas pers. nob. acquir.*, 2, 9. - Fr. 10, § 3, D., *de acquir. rer. dom.*, 41. 1. *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 415.

[13] § 37, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 27, pr. D., *de hered. petit.*, 5, 3. « Ancillarum etiam partus et partuum partus... fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causæ comparantur, ut pariant... » Fr. 28, § 1, D., *de usuris*, 22, 1. — *Voy.* aussi Fr. 68, pr. D., *h. t.* - Fr. 22, § 3, D., *ad SC. Trebell.*, 36, 1. - Fr. 48, § 6, D., *de furtis*, 47, 2. — Au reste la question était encore controversée du temps de Cicéron. CIC., *de finibus*, I. 4.

[14] Fr. 9, § 6, D., *h. t.*

[15] *Sylva cædua.* Fr. 10. 48, § 1. Fr. 59, § 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 9, § 7, D., *eodem* et Fr. 30, D., *de verb. signif.*, 50, 16.

[16] Fr. 10. 11. 12 pr. Fr. 18. 19, § 1, D., *h. t.* - Fr 7, § 12, D., *de usu et habit.*, 7, 8.

[17] Fr. 22, pr. D., *de usu et habitatione*, 7, 8.

de nouvelles, à moins que la nouvelle exploitation n'ait pour effet de rendre la substance plus productive [18].

L'usufruitier acquiert la propriété des fruits par la prise de possession, *perceptio*. Il s'ensuit, entre autres choses, que les fruits non perçus au moment de la cessation de l'usufruit appartiennent au propriétaire [19].

Rappelons ici que l'usufruit est la seule servitude qui soit considérée comme divisible, par la raison que le produit en est susceptible de division [20].

L'exercice du droit d'usufruit est toujours restreint par la défense d'altérer la substance de la chose : l'usufruitier doit en jouir en bon père de famille [21]. Il peut exercer lui-même son droit ou en céder l'exercice à un autre [22]; mais il ne peut point céder le droit même, car le droit est inhérent à son individualité [23]. S'il le fait malgré cette défense, fondée dans la nature des choses, la cession est nulle et ne produit aucun effet [24].

[18] Fr. 9, § 2. 3, D., *h. t.* - Fr. 13, § 5. 6, D., *eodem.* « 5. Inde est quæsitum : an lapidicinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri et argenti et sulphuris et æris et ferri et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturæ nocebit. Et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in vineis, vel arbustis vel olivetis quæ fuerunt, forsitan etiam hæc dejicere poterit, *si quidem ei permittitur, meliorare proprietatem.* » Ces derniers mots doivent se traduire « puisque, en général, il lui est permis d'améliorer le fonds. » Il ne faut cependant pas perdre de vue que cette permission est toujours restreinte par la défense de faire de la chose assujettie un usage essentiellement contraire à sa destination. *Voy.* ci-dessus, note 8.

[19] *Voy.* ci-dessus, § 194, note 33, et § 36, I., *de rer. div.*, 2, 1; Fr. 48. pr. D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. La propriété du croit des animaux est acquise à l'usufruitier par la simple séparation. § 37, I., *de rer. div.*, 2, 1; Fr. 28, pr. D., *de usuris*, 22, 1. — Il est à remarquer que l'usufruitier a droit aux fruits à partir du moment où l'usufruit commence. Fr. 27 pr. D., *h. t.* « ... Nam *et stantes* fructus ad fructuarium pertinent... » Fr. 59, § 1, D., *h. t.* De même son droit de les percevoir cesse au moment où l'usufruit s'éteint. Il en résulte que les fruits perçus à cette époque appartiennent à ses héritiers, tandis que ceux non encore perçus appartiennent au nu propriétaire. Fr. 12, § 5, D., *h. t.*; Fr. 13, D., *quib. modis ususfr. omitt.*, 7, 4; Fr. 8, D., *de annuis legatis*, 33, 1; Fr. 42, D., *de usu et usufr. per legat.*, 33, 2. Quand le fonds sujet à l'usufruit est donné en location, les héritiers auront droit au prix de ferme si la récolte a été faite avant la cessation de l'usufruit. Fr. 58, pr. D., *h. t.*; Fr. 9, § 1, D., *locati*, 19, 1. — Si des *fruits civils* sont l'objet d'un usufruit, il faut admettre qu'ils s'acquièrent jour par jour, c'est-à-dire que l'usufruitier peut en réclamer la quotité proportionnée à la durée de son droit. Fr. 25, § 2. Fr. 26, D., *h. t.*

[20] Fr. 5, D., *h. t.* - Fr. 14. 25, D., *quibus modis ususfr. omittatur*, 7, 4. - Fr. 19, D., *de usu*, 7, 8. - Fr. 1, § 9, D., *ad legem Falcidiam*, 35, 2.

[21] *Voy.* le paragraphe suivant.

[22] *Vatic. fragm.*, 41. - § 1, I., *de usu*, 2, 5. - Fr. 12, § 2. Fr. 38. 39. 40. 67, D., *h. t.* - Mais *voy.* Fr. 15, § 4. 5, D., *eodem.*

[23] § 3, I., *h. t.* - § 1, in f. I., *de usu*, 2, 5. - Fr. 66, D., *de jure dotium*, 23, 3. - L. 13, C., *de usufructu*, 3, 33.

[24] Cette question paraît avoir été controversée en ce sens, que quelques jurisconsultes pensaient que pareille cession avait pour effet d'éteindre le droit d'usufruit, Pomponius, Fr. 66, D., *de jure dotium*, 23, 3. « Si extraneo cedatur.., nihil ad eum transire, sed ad dominum pro-

§ 213. *Des charges et obligations de l'usufruitier.*

Comme l'usufruitier a tous les avantages de la chose, il est tenu de toutes les charges et impôts qui pèsent sur elle [25]. Par le même motif, il doit faire les réparations d'entretien ; mais il n'a pas besoin de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit [26].

Il doit user de la chose en bon père de famille, et il est responsable de toutes les détériorations qu'il a causées par sa faute [27].

A la fin de l'usufruit, il est tenu de restituer la chose dans l'état où elle était quand il l'a reçue ; cependant, il ne répond pas des dommages qu'elle a pu éprouver sans sa faute [28]. Si l'usufruit est établi sur un troupeau, l'usufruitier doit remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui périssent, à moins que le troupeau ne périsse en entier par cas fortuit. Les mêmes règles s'appliquent à l'usufruit constitué sur une pépinière, un verger, un vignoble [29].

Pour garantir l'exécution de ces obligations, et particulièrement la restitution de la chose en bon état, l'usufruitier doit fournir caution au propriétaire [30]. Tant que la caution n'a pas été fournie, le propriétaire peut refuser de mettre la chose à la disposition de l'usufruitier [31]. Le mode

prietatis reversurum usumfructum ; » auquel nous pouvons peut-être ajouter Gaius, II, 35. 36 ; Ulpien, XIX, 14, et *fragm. Vatic.*, 75. « Sabinus responderit : eum qui partem ususfructus in jure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere... » Mais l'opinion contraire a prévalu. Gaius, II, 30. - § 3, I., *h. t.*, et Théophile, *ad h. l.* Le Fr. 15, D., *fam. ercisc.*, 10, 2. « ... Nec enim a personis discedere sine interitu sui potest (ususfructus) » n'est pas contraire.

[25] Fr. 7, § 2. Fr. 27, § 3. Fr. 52, D., *h. t.*, 7, 1. - Fr. 28, D., *de usu et usufr. per legatum datis*, 33, 2.

[26] Fr. 7, § 2. 3, D., *h. t.* - L. 7, C., *eodem*, 3,63. Il peut s'affranchir de cette obligation en abandonnant l'usufruit. Fr. 28, pr. Fr. 64, D., *eodem*.

[27] § 38, I., *de rer. div.*, 2, 1. - Fr. 9, pr. § 2. 6. Fr. 13, § 2. Fr. 15, § 2. 6. Fr. 18. Fr. 65, pr. Fr. 68, § 2. Fr. 69. 70, D., *h. t.* - Fr. 1, pr. § 3. 7. Fr. 2. Fr. 9, § 5, D., *usufructuarius quemadm. caveat*, 9, 7. — Si par sa négligence un tiers usucape la chose, l'usufruitier en est responsable envers le propriétaire. Fr. 7, § 2, D., *h. t.* - Fr. 1, in f. D., *usufructuarius quemadmodum caveat*, 7, 9. Il est également responsable des servitudes qu'il laisse périr par non-usage. Fr. 15, § 7, D., *h. t.*

[28] Fr. 1, pr. § 7. Fr. 9, § 3, D., *usufructuarius quemadmodum caveat*, 7, 9.

[29] § 38, I., *de rerum divis.*, 2, 1. - Fr. 7, § 3. Fr. 9, § 6. Fr. 18. Fr. 59, pr. Fr. 62, § 1. Fr. 68, in f. 69. 70, D., *h. t.*

[30] Fr. 1, D., *usufr. quemadm. caveat*, 7, 9. « Si cujus rei ususfructus legatus sit, æquissimum prætori visum est, de utroque legatarium cavere : *et usurum se boni viri arbitratu ; et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit.* » — Paul, III, 6, 27. - Fr. 13, pr. D., *h. t.* - L. 4. C., *eodem. Voy.* en général, T. et D., *usufructuarius quemadmodum caveat*, 7, 9.

[31] Fr. 13, pr. D., *h. t.* — *Voy.* aussi Fr. 7, pr. Fr. 12, D., *usufr. quemadm. cav.*, 7, 9. - Fr. 5, § 1, D., *de usufr. earum rerum quæ usu consumuntur*, 7, 5.

ordinaire de fournir cette caution, qui dérive du droit prétorien, est la *satisdatio* [32]. Dans certains cas exceptionnels, la loi dispense l'usufruitier de la caution [33]. Le propriétaire a naturellement le droit de renoncer à cette garantie [34]. Une constitution d'Alexandre Sévère défend au testateur de dispenser de la caution la personne à laquelle il laisse l'usufruit d'une chose [35].

§ 214. *Du quasi-usufruit* †.

L'usufruit étant un droit réel qui donne la faculté de jouir d'une chose sans en altérer la substance, il est évident qu'il ne peut être établi sur des choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage [36]. Ce principe était encore incontesté du temps de Cicéron [37]. Cependant il a dû s'effacer après que la loi Julia et Papia Poppæa eut restreint en partie les libéralités à cause de mort entre époux au simple usufruit d'une quote-part des biens de l'époux prédécédé [38]. Car une succession peut se composer en tout ou en partie de choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage, et l'application sévère du principe exposé aurait eu pour effet de priver l'époux survivant des avantages que la loi semblait lui garantir. C'est probablement cette considération qui donna lieu à la réforme législative dont nous allons parler. — Un sénatus-consulte des premiers temps de l'empire [39] statua qu'on pourrait léguer l'usufruit de toutes choses quelconques qui se

[32] Fr. 13, pr. § 1, D., *h. t.* - L. 4, C., *eodem.* - Fr. 1, pr. D., *usufr. quemadm. caveat*, 7, 9. *Voy.* ci-dessus, § 156, notes 35 et 36.

[33] Fr. 1, § 18, D., *si cui plus, etc.*, 35, 4. - L. 8, § 4, C., *de bonis quæ liberis*, 6, 61. — *Voy.* aussi Fr. 7, Fr. 9, § 2, D., *usufr. quemadm. caveat*, 7, 9.

[34] Arg. Fr. 46, D., *de pactis*, 2, 14.

[35] L. 7, C., *ut in possess. legatorum servand.*, 6, 54. - L. 1, C., *h. t.* - Cf. Julien, Fr. 6, pr. D., *ut in possessionem legatorum*, 36, 4. — Le motif de cette défense est sans doute dans la loi *Julia et Papia Poppæa* qui restreignait le droit de succession de certaines personnes au simple usufruit. Or, si le testateur avait pu dispenser de la caution, il aurait pu éluder cette disposition en donnant de fait à l'usufruitier la libre disposition de la chose sans garantie aucune pour le nu propriétaire.

† Tit. D., *de usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur vel minuuntur*, 7, 5.

[36] § 2, I., *de usufr.*, 2, 4. « Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in... ceteris rebus, exceptis quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum... » — Gaius, II, 32. - Ulpien, XXIV, 2. - Fr. 2. 3, § 1, D., *de usufructu*, 7, 1.

[37] Cicéron, *Topica*, 3 (4). « Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, *cellis vinariis et oleariis plenis relictis*, putare id ad se pertinere. *Usus enim, non abusus legatus est :* ea sunt inter se contraria. » — Une trace de ce principe se trouve encore dans le Fr. 3, D., *de usufr. ear. rer. quæ usu consum.*, 7, 5.

[38] *Voy.* ci-dessus, § 61, notes 23 et 25.

[39] Il ne peut être postérieur à Nerva et Sabinus, contemporains d'Auguste et de Tibère. Fr. 3. 5, § 1, D., *de usufr. earum rerum*, 7, 5.

trouvent dans un patrimoine, et détermina en même temps le mode d'exécution de pareils legs [40]. Le principe une fois admis, on l'appliqua aux différents cas qui pouvaient se présenter, même aux choses incorporelles, et particulièrement aux capitaux [41]. Ainsi l'on créa, comme disent Gaïus et Justinien, non pas un usufruit de ces choses [42] (car cela était impossible), mais une espèce d'usufruit au moyen d'une caution à fournir par l'usufruitier [43].

En effet, ce quasi-usufruit diffère en tous points du véritable usufruit. Le quasi-usufruitier devient propriétaire des choses sujettes à l'usufruit [44], et en cette qualité il a le droit de les consommer à la charge d'en rendre à la fin de l'usufruit pareille quantité, qualité et valeur, ou le prix de leur estimation [45]. Cette restitution est garantie par la caution que le quasi-usufruitier doit fournir [46]. Le propriétaire ne conserve aucun droit réel sur l'objet du quasi-usufruit; il n'a qu'un droit d'obligation qui tend à obtenir restitution d'une valeur égale à la fin de l'usufruit et dont l'efficacité lui est assurée par la caution [47].—Le quasi-usufruit est donc de sa nature un véritable prêt de consommation, *mutuum*, avec caution [48].

[40] Ulpien, XXIV, 27.-§ 2, 1., *de usufructu*, 2, 4. - Fr. 1, D., *h. t.*, 7, 5. « Senatus censuit, ut omnium rerum, quæ in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, *quæ usu tolluntur vel minuuntur*, possit ususfructus legari. » — Fr. 2, § 1. D., *eodem*.

[41] Fr. 3, D., *eodem*. —Dès lors rien ne s'opposait plus à ce qu'on léguât l'usufruit de tous ses biens ou d'une quote-part de tous ses biens, *ususfructus bonorum*. Fr. 5, pr. D., *eodem*. - Fr. 24, pr. Fr. 37. 43, D., *de usu et usufr. per leg. dat.*, 33, 2.-L. 35, § 5. C., *de donat.*, 8, 54.

[42] *Res quæ usu consumuntur vel minuuntur, quæ usu tolluntur vel minuuntur.—Ususfructus rerum, quæ in abusu consistunt.*, Fr. 5, § 1. D., *de usufr. ear. rer.*, 7, 5.

[43] Gaius, Fr. 2. D., *eodem*. « Quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniæ ususfructus proprie erat; nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit : sed remedio (*scil.* cautionis) introducto, cœpit quasi ususfructus haberi. » -§ 2. 1., *de usufr.*, 2, 4. — *Voy.* aussi Paul, *Votic. fragm.*, 46., à la note suivante.

[44] *Votic. fragm.* § 46. « ... Pecuniæ quoque ususfructus legatus per annum non utendo (non amittitur); quia nec ususfructus est, et pecuniæ dominium fructuarii, non heredis est. » § 2. 1, *de usufructu.*, § 44. Fr. 2, 7. D., *h. t.*—Si l'objet de l'usufruit est un capital d'argent à charge d'un tiers débiteur, l'usufruitier a le droit d'en demander le remboursement et de disposer de l'argent remboursé. Fr. 24, pr. D., *de usu et usufr. leg.*, 33, 2.-L. 1. C., *de usufr.* 3, 33. Si le capital est dû par l'usufruitier même, il en résulte qu'il n'est tenu de le rembourser qu'à la fin l'usufruit et qu'il n'en doit point d'intérêts. Fr. 3, 4, D., *de usufr. ear. rer.*, 7, 5.

[45] Fr. 7. D., *eodem*. « Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet, et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut æstimatis rebus certæ pecuniæ nomina cavendum est; quod et commodius est. Idem scilicet de ceteris quoque rebus, quæ abusu continentur, intelligemus. »

[46] § 2, 1., *de usufr.*, 2. 4.—Fr. 5, 7. D., *de usufr. ear. rer.*, 7, 5.

[47] § 2, 1., *cité*. — Fr. 2, pr. 5. § 1. Fr. 7, 9, 10. pr. Fr. 11. D., 7, 5. Fr. 7. § 1. D., *usufr. quemadm. cav.*, 7, 9.

[48] Il y a à la vérité certaines différences entre le quasi-usufruit et le prêt de consommation *ordinaire*. Ainsi le quasi-usufruit s'éteint d'une autre manière que le *mutuum*;

Nous trouvons dans nos sources une controverse sur la question de savoir si l'usufruit qui comprend du linge, des habillements, etc., doit être considéré comme véritable usufruit ou comme quasi-usufruit; en d'autres termes : si, à la fin de son droit, l'usufruitier peut rendre les habillements dans l'état où ils se trouvent sans qu'il y ait faute de sa part, ou s'il doit en rendre de pareille quantité, qualité et valeur [49]. Il paraît que ce rapport de droit doit être considéré comme véritable usufruit, à moins qu'il n'ait été expressément constitué comme usufruit d'une quantité de choses [50].

§ 215. *De l'usage*, usus †.

L'usufruit se compose de deux éléments : le droit d'user de la chose, *jus utendi*, et celui d'en tirer les fruits, *jus fruendi*. Quand le premier de ces éléments est érigé en droit séparé, on l'appelle droit d'usage, *usus*. L'usager, *usuarius*, peut retirer de la chose toute l'utilité qu'elle donne sans en prendre aucun produit [51]. Telle est la nature originaire de l'institution dont nous avons à parler. Mais cette idée a été étendue par la pratique et par la jurisprudence. Il était d'autant plus nécessaire d'agir ainsi, que le droit d'usage était ordinairement constitué par testament, et que les actes de ce genre sont fréquemment rédigés d'une manière plus ou moins inexacte. Or, comme les Romains cherchaient autant que possible à maintenir les dispositions de dernière volonté, il fallait bien y appliquer une interprétation un peu large, dans les cas où l'on n'aurait obtenu qu'un résultat illusoire en prenant les expressions du testateur dans le sens littéral [52]. Toutefois, ces extensions se faisaient avec la plus grande réserve, et on ne se laissait point entraîner au delà de ce qui était nécessaire.

Ainsi, quand la chose sujette au droit était susceptible de procurer un avantage réel par le seul usage, on refusait à l'usager le droit d'en tirer des

le *mutuum* peut porter intérêt; dans le *mutuum* il ne faut pas de caution, etc. Mais aucune des particularités du quasi-usufruit n'est contraire à l'essence du prêt de consommation.

[49] Les Fr. 15, § 4, 5, D., *de usufr.*, 7, 1; Fr. 9, § 3, D., *usufruct. quemadm. cav.*, 7, 9. (Arg. § 5, I., *de loc. et cond.*, 3, 24, et Fr. 68. § 1, D., *soluto matrimonio.*, 23, 3), décident pour le *verus usufructus*. Par contre le § 2, I., *de usufructu.*, 2, 4, le qualifie de quasi-usufruit.

[50] Fr. 15, § 4, D., *de usufr.*, 7, 1. « ... Si *vestimentorum* ususfructus legatus sit, non sic ut *quantitatis* ususfructus legetur. »

† Tit. I., *de usu et habitatione*, 2, 5. - Tit. D., *eodem*, 7, 8.

[51] Fr. 2, pr. D., *h. t.* « Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. » - Fr. 1, § 1, D., *eodem*. « Nudus usus, id est, sine fructu. » - Fr. 12, pr. § 1, 3, D., *eodem*. « Plenum usum, omnem usum. »

[52] Fr. 12, § 2, D., *h. t.* - Fr. 12, D., *de regulis juris*, 50, 17. « In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. » Voy. aussi ci-après, t. III, § 465.

fruits[53]. Mais quand le simple usage ne procurait point de bénéfice, ou n'en procurait que trop peu, on y ajoutait quelques avantages qui tenaient de la nature du *fructus*, afin de ne pas ôter tout effet au droit de servitude. C'est ainsi que l'usager d'un troupeau qui n'aurait à la rigueur que le droit de s'en servir pour fumer son champ, obtient la faveur d'en prendre un peu de lait. De même l'usager d'un fonds peut prendre des légumes, des fruits, du foin, du bois, mais seulement pour son usage journalier[54]. — Dans ces cas, l'usage empiète par nécessité sur l'usufruit. Dans d'autres hypothèses, il se confond naturellement avec ce droit, au moins dans sa manifestation extérieure. Ainsi l'usage d'un bois taillis implique nécessairement les mêmes dispositions que l'usufruit, et pour donner un sens à l'usage des choses de consommation, il a bien fallu y appliquer les règles du quasi-usufruit[55].

L'usage est de sa nature indivisible et ne peut se faire que par la personne même à laquelle il est accordé[56]. Cependant il est permis à l'usager d'y faire participer sa famille[57]. Au cas où la maison sujette à la servitude serait trop grande pour lui, il a même le droit de louer la partie qu'il ne peut habiter[58]. Enfin quand l'usage d'une chose consiste précisément à la donner en location, il va sans dire que l'usager a le droit d'en user de cette manière et de profiter du loyer qu'elle procure[59].

Les obligations de l'usager sont en général analogues à celles de l'usufruitier, et particulièrement en ce qui concerne la restitution de la chose et la caution à fournir de ce chef[60]. Toutefois, il n'est tenu des réparations d'entretien que pour autant que son usage prive le propriétaire de tout produit[61].

[53] § 2, 1., *h. t.* 2, 5. « Item is, qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc jus ad alium transferre potest. » - § 3, I., *eodem*.-Fr. 10, § 2. Fr. 12, § 3. 4, D., *h. t.*, 7, 8. -*Voy*. ci-après notes 59 et 60.

[54] § 3, 4, I., *h. t.* - Fr. 12, § 1, 2. Fr. 15, pr. Fr. 16, pr. D., *eodem*.

[55] Fr. 22, pr. D., *h. t.* - Fr. 5, § 2, Fr. 10, § 1 D., *de usufr. earum rerum quæ usu consumuntur*, 7, 5.

[56] Fr. 19, D., *h. t.* « Usus pars legari non potest : nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus. » - § 1. 2. 3, 1., *h. t.* - Fr. 11. 21. D., *eodem*.

[57] § 1. I., *h. t.* - Fr. 2, § 1. Fr. 12, § 5. Fr. 22, § 1. D., *eodem*.

[58] Fr. 2, § 1. Fr. 4, pr. D., *h. t.*

[59] Fr. 12, § 4, D., *h. t.* « ... Si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum circensibus his usurum, quia quasi locare eos videtur : sed si testator sciens, eum hujus esse instituti et vitæ, reliquit, videtur etiam de hoc usu censisse. » - Fr. 12, § 6, D., *eodem*.

[60] Fr. 15, in f. D., *h. t.* - Fr. 13, § 2, D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 10, § 1, D., *de usufr. ear. rer.*, 7, 5. - Fr. 5. § 1. Fr. 11, D., *usufruct. quemadm. caveat*, 7, 9.

[61] Fr. 18, D., *h. t.* « Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis, tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat (c'est-à-dire, si, outre l'usage pour l'usager, il reste des produits au propriétaire), ipse reficere debeat ; si vero talis sit res, cujus usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est. Quæ distinctio rationem habet. »

§ 216. *De l'habitation* †.

Justinien donne le caractère de servitude personnelle au droit d'habitation accordé par legs ou par une disposition quelconque à cause de mort ou entre-vifs. Il y avait eu parmi les anciens grande controverse sur l'étendue de ce droit [62]. En général, il était considéré, quant à ses effets, comme une espèce d'usage. Justinien l'a rapproché de l'usufruit, en accordant à celui qui en jouit la faculté d'habiter par lui-même ou de louer l'habitation à un autre. Mais il ne lui est pas permis de la céder gratuitement [63]; probablement par la raison que l'on envisageait l'habitation comme une espèce d'aumône. Cette considération explique peut-être aussi la particularité que le droit d'habitation constitué par donation entre-vifs peut être révoqué par les héritiers du donateur [64]. — L'habitation offre encore ceci de remarquable, qu'elle ne s'éteint pas, comme l'usufruit et l'usage, par le non-exercice et par la *capitis deminutio* [65]. — Au reste, l'habitation entraine également l'obligation de fournir caution [66].

§ 217. *Des travaux des esclaves.* Operæ servorum †.

Un titre du Digeste range parmi les servitudes personnelles le droit de jouir des travaux de l'esclave d'un autre. Ce droit donne presque les avantages qui résultent de l'usufruit d'un esclave [67]; mais il diffère des autres servitudes personnelles, en ce qu'il ne cesse point par la mort de celui à qui il est accordé [68]. Il présente encore ceci de particulier, qu'il ne s'éteint pas par le non-usage et par la *capitis deminutio* [69].

† Til. I., *de usu et habitatione*, 2, 5. - Tit. D., *eodem*, 7, 8. - Tit. C., *de usufr. et habitatione et ministerio servorum*, 3, 33.

[62] *Voy.* Fr. 8. pr. Fr. 10, pr. § 2, D., *h. t.* - L. 13, C., *eodem.*

[63] § 5, I., *h. t.* - L. 13, C., *eodem.* — Pour l'ancien droit, *voy.* Fr. 10, § 3, D., *eodem.*

[64] Fr. 27. 32, D., *de donat.*, 39, 5. - Fr. 8, § 1, D., *de transaction.*, 2, 15 - Fr. 6. 23, D., *de alimentis legat.*, 34, 1.

[65] Fr. 10, D., *de capite minutis*, 4, 5. « ... Si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat : videlicet, quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit. » - Fr. 10, D., *h. t.*

[66] Fr. 5, § 3, D., *usufruct. quemadm. caveat*, 7, 9.

† Til. D., *de operis servorum*, 7, 7. - Tit. C., *de usufr. et ministerio servorum*, 3, 33.

[67] Fr. 2, D., *de usu et usufr. per leg. datis*, 33, 2. — Il entraine également, comme l'usufruit, l'obligation de fournir caution. Fr. 8, § 3, D., *usufructuarius quemadm. caveat*, 7, 9; mais il est indivisible. Fr. 1, § 9, D., *ad leg. Falcidiam*, 35, 2.

[68] Fr. 2, D., *de usu et usufructu per leg. datis*, 33, 2. « ... Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit. » Cette disposition est difficile à concilier avec la nature des servitudes personnelles.

[69] Fr. 2, D., *h. t.* - Fr. 2, D., *de usu et usufructu, per legatum datis*, 33, 2.

Un passage d'Ulpien mentionne comme un droit analogue les *operæ animalium* [70].

DES SERVITUDES PRÉDIALES †.

§ 218. *Observations générales.*

On appelle *servitutes prædiorum* les restrictions apportées à l'exercice de la propriété d'un héritage en faveur d'un autre héritage. Toute servitude prédiale suppose deux immeubles : l'un qui en est grevé, *prædium serviens*, l'autre en faveur duquel elle est établie, *prædium dominans* [1]. Elle est inhérente au fonds, et non pas à la personne qui l'exerce actuellement ; en d'autres termes, elle compète à quiconque est propriétaire du fonds dominant, mais aussi elle ne lui compète qu'en cette qualité. C'est, pour ainsi dire, une extension du droit de propriété du fonds dominant, une qualité juridique de ce fonds [2]. Aussi ne peut-elle être cédée ou aliénée séparément, et l'aliénation du fonds implique l'aliénation du droit de servitude [3]. — Le nombre de ces servitudes est illimité. On peut en établir de toutes espèces, pourvu qu'on observe les règles générales en matière de servitudes. Cependant, il y a encore quelques règles particulières aux servitudes prédiales, dont voici l'exposé succinct.

1° La servitude doit assurer un avantage réel au fonds dominant [4]. Pareil avantage peut parfois résulter de faits ou de circonstances qui ne font qu'augmenter l'agrément du fonds, pourvu que cet agrément soit tel qu'il rende meilleure la condition du fonds même [5]. — 2° Il faut que les deux

[70] Fr. 5, § 3, *usufruct. quemadm. caveat*, 7, 9. « Et si habitatio vel operæ hominis, vel *cujus alterius animalis* relictæ fuerint, stipulatio (satisdatio) locum habebit. »

† Tit. I., *de servitutibus*, 2, 3. - Tit. D., *de servitutibus*, 7, 1, ainsi que les titres suivants du livre septième. - Tit. C., *de servitutibus et aqua*, 3, 34.

[1] § 3, I., *de servitutibus*, 2, 3. - Fr. 1, § 1, Fr. 6, D., *communia prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum*, 8, 4. - Fr. 25, § 2, D., *de servitutibus prædiorum rusticorum*, 8, 3.

[2] Fr. 86, D., *de verb. signif.*, 50, 16. « Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? » — Par contre le fonds assujetti est considéré comme étant juridiquement détérioré ou affecté d'un défaut. Fr. 126, D., *eodem*. « ... Jus fundi per dominum deterius factum... » *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 296.

[3] Il est inutile de rappeler que la servitude inhère de la même manière au fonds assujetti. *Voy.* au reste la note précédente et Fr. 25, § 2. Fr. 36, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 1, § 1, 12, D., *communia prædiorum*, 8, 4. - Fr. 44, D., *locati*, 19, 2. - Fr. 11, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 20, § 1, D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1.

[4] Fr. 15, pr. D., *de servit.*, 8. 1. — Il s'ensuit que l'étendue du droit ne peut excéder les besoins du fonds dominant. Fr. 5, pr. Fr. 5, § 1. Fr. 6. 24. 29, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3.

[5] Fr. 3. 15. 16, D., *de servitutibus prædiorum urbanorum*, 8, 2. - Fr. 8, § 1, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. « ...ut supra ea tigna porticum ambulatorium facere liceat... » — Fr. 3 pr.

fonds soient voisins, *vicina*, c'est-à-dire que leur position topographique permette l'exercice de la servitude en faveur du fonds dominant [6]; mais il n'est pas nécessaire que les fonds se touchent [7].— 3° On exige qu'il y ait *causa perpetua*, c'est-à-dire que l'état des choses soit tel que l'exercice de la servitude puisse avoir lieu en tout temps, sans qu'il soit besoin du concours d'aucun élément extrinsèque. Il n'y a donc pas *causa perpetua* quand l'usage même de la servitude peut avoir pour effet d'en rendre impossible la continuation [8], ou que l'exercice du droit dépend d'un fait placé dans la volonté d'une personne autre que le titulaire [9]. Cette règle, rigoureusement suivie dans l'origine, finit, à la vérité, par être appliquée d'une manière assez large [10]; cependant le principe fut toujours maintenu, et il devait

D., *de aqua quotidiana*, 43, 20. « ...Amœnitatis causa aquam ducere... » —Les Fr. 8. pr. 19, D., *de servit.*, 8, 1, ne sont point contraires à cette règle, si on les interprète raisonnablement et *pro subjecta materia*.

[6] Fr. 5, § 1, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 38. 39, D., *de serv. præd. urb.*, 8, 2. - Fr. 12, D., *de pignor.*, 20, 1. — *Voy.* aussi ci-après, § 231.

[7] Fr. 6, pr. D., *communia præd.*, 8, 4. « .... Parvique refert, vicinæ sint ambæ ædes, an non. » Des exemples se trouvent : Fr. 4, § 8. Fr. 5. 6, D., *si servit. vind.*, 8, 5.—Fr. 1, pr. D., *de servit. præd. urb.*, 8, 2.- Fr. 38, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3.—Fr. 7, § 1, D., *comm. præd.*, 8, 4.- Fr. 17, § 3, D., *de aqua et aq. pluv.*, 39, 3.—Fr. 14, § 2, D., *de serv.*, 8, 1.- Fr. 31, D., *de serv. præd. rust.*, 8, 3. - Fr. 18, § 1, D., *de aqua et aq. pluv.*, 39, 3.— Fr. 17, § 2. 3, D., *eodem*. *Voy.* aussi ci-après, § 231.

[8] Fr. 28, D., *de serv. præd. urb.*, 8, 2. « Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent. et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. » — Fr. un. § 4, D., *de fonte*, 43, 22. « ... Cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam : ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit; cisternæ autem imbribus concipiuntur. » — Fr. 1, § 5, D., *de aqua quotid.*, 43, 20. « ... Nulla enim alia aqua duci potest, nisi quæ perennis est. » — Il en est de même d'un lac qui ne s'alimente pas par des sources : on ne pourrait y établir une servitude de passage. Fr. 23, § 1. D., *de servit. præd. rust.*, 8, 3. « Lacus perpetuus. »

[9] Fr. 28, D., *de servit. præd. urb.*, 8, 2. « Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat : *neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit :* at, quod ex cœlo cadit, et si non assidue fit, ex naturali tam causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent : et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. » — Le principe qui domine cette question est, dans ce passage, exprimé pratiquement par les mots : neque enim perpetuam causam habet *quod manu fit*, c'est-à-dire, « ce qui exige le fait ou le concours d'une personne autre que le titulaire du droit. » C'est par le même motif que la qualité de *vicinus* est refusé au fonds qui est séparé du nôtre par une rivière sans pont ou passage *publics* (Fr. 38, D., *de S. P. R.*, 8, 3), et que l'on doutait de la validité d'une servitude qui consisterait à tirer l'eau de la rivière d'autrui au moyen d'une roue placée dans cette rivière ou bien à la tirer du réservoir d'autrui. Fr. 2. D., *communia prædiorum*, 8, 4. « De aqua *per rotam* tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem *castello* imposuerit, quidam dubitaverunt... »

[10] Paul, Fr. 9, D., *de servit. præd. rust.*, 8, 3. « Servitus aquæ ducendæ vel hauriendæ, nisi ex capite, vel ex fonte constitui non potest : *hodie tamen ex quocunque loco constitui solet.* » — Ulpien, Fr. 2, D., *communia prædiorum*, 8, 4.

l'être, car il est conforme à la nature des servitudes [11]. — 4° Enfin, on ne peut établir des servitudes sous condition ou avec terme. On ne peut davantage faire dépendre d'une condition ou d'un terme l'extinction d'une servitude; cependant si pareille modification était ajoutée à l'acte de constitution, elle donnerait lieu à une exception personnelle, *exceptio pacti* ou *doli*, contre celui qui voudrait exercer la servitude contrairement à la clause qu'il a consentie [12]. Cette particularité doit sans doute son origine à l'ancien droit, d'après lequel les servitudes prédiales ne pouvaient être constituées que par *mancipatio* et *in jure cessio* [13].

Les servitudes prédiales se divisent en *servitutes prædiorum urbanorum* et *servitutes prædiorum rusticorum* [14]. On entend ici par *prædium rusticum* tout terrain libre, sans bâtiments, et destiné à l'exploitation agricole ; et par *prædium urbanum*, tout bâtiment, ou emplacement couvert de bâtiments, y compris les terrains enclavés, pourvu qu'ils ne servent pas à l'agriculture [15]. Quoiqu'il soit important sous plusieurs rapports de préciser la distinction que nous venons d'indiquer, nous n'en trouvons cependant aucune définition satisfaisante dans nos sources. Il est probable que, dans l'origine, c'était la nature du fonds dominant qui donnait à la servitude la qualité *urbaine* ou *rurale* [16]; mais en procédant sur cette base, on ne tarda pas à découvrir que chacune de ces deux catégories offre des particularités qui paraissent inhérentes à la nature du droit à exercer. Ainsi l'exercice de toutes les servitudes rurales suppose un fait actuel de la part de celui qui a le droit, ou, comme disent les auteurs modernes, elle donne un *jus faciendi* [17]. Par contre, les servitudes urbaines consistent

[11] Ainsi on pourrait dire que les servitudes *arenæ fodiendæ*, *lapidis eximendi*, etc. (ci-après § 220, n° 6) n'ont pas *perpetuam causam*, puisque toute carrière est susceptible d'être épuisée. Mais, pratiquement parlant, cette argumentation serait sans valeur; car, comme l'étendue de ces servitudes *rurales* est déterminée par les besoins du fonds dominant, il est certain que l'exercice du droit n'amènera jamais l'épuisement. Mais il est également certain que le *jus arenæ fodiendæ* que je constituerais sur une prairie, accidentellement ensablée par suite d'une inondation, manquerait de *causa perpetua* et n'aurait rien de sérieux comme servitude.

[12] Fr. 4 pr. D., *de servitute*, 8. 1. — Il s'agit, bien entendu, ici de conditions expresses. Fr. 23, § 1, D., *de S. P. U.*, 8, 2. « Futuro quoque ædificio, quod nondum est vel imponi vel acquiri servitus potest. » — Fr. 10, D., *de S. P. R.*, 8, 3.

[13] *Voy.* ci-dessus, § 119, note 8, sqq., et ci-après, § 225. C'est probablement par le même motif que cette question était autrefois controversée à l'égard de l'usufruit. *Vat. fr.*, 49. 50. — La promesse de constituer une servitude ou le legs d'une servitude peuvent être conditionnels. Fr. 98, D., *de verb. obl.*, 45, 1. - Fr. 5, D., *de servitute leg.*, 33, 3.

[14] Dans le Fr. 1, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5, nous trouvons les expressions : *servitutes rusticæ, urbanæ*.

[15] Fr. 198, D., *de verb. sign.*, 50, 16. - Pr. § 1, I., *de servit.*, 2, 3. - Fr. 1, pr. D., *communia prædiorum*, 8, 4. - Fr. 3, D., *de servit.*, 8, 1. « Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt. »

[16] Arg. Fr. 1, § 1, D., *communia prædiorum*, 8, 4. - Fr. 1, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. *Voy.* aussi § 3, I, *de servit.*, 2, 3, et Théophile *ad h. l.*

[17] Voyez l'énumération des servitudes rurales ci-après § 220. La servitude d'aqueduc ne

plutôt dans le droit d'avoir des ouvrages extérieurs et de jouir de l'état de choses qui en résulte, *jus habendi*, ou de défendre au voisin de disposer de sa propriété de telle manière déterminée, *jus prohibendi* [18]. C'est surtout par cette considération que les jurisconsultes paraissent s'être laissé guider, dans la classification des servitudes, d'après les deux catégories indiquées [19], tout en conservant les anciens noms, comme cela se rencontre dans beaucoup d'autres institutions romaines [20].

§ 219. *Des servitudes urbaines* †.

Les lois romaines énumèrent plusieurs espèces de servitudes urbaines, dont voici l'explication sommaire.

1° *Jus tigni immittendi*, le droit de faire reposer des poutres ou d'autres matériaux de construction dans le mur du voisin [21]. — 2° *Servitus oneris ferendi*, le droit de faire reposer des constructions quelconques sur le bâtiment du voisin. Cette servitude a ceci de remarquable que le propriétaire du fonds assujetti doit tenir en bon état le bâtiment sur lequel reposent les constructions du fonds dominant [22]. Il est difficile d'expliquer le motif de

fait pas exception; car ce n'est pas le droit d'*avoir* un aqueduc, mais celui de *tirer* de l'eau. C'est pourquoi, dans le Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2, Ulpien range parmi les servitudes urbaines le cas où *per domum quis suam passus est aquæductum transduci*, c'est-à-dire où nous avons le droit d'*avoir*, dans la maison d'autrui, les tuyaux de conduite par lesquels nous *tirons* l'eau d'un autre fonds grevé d'une servitude rurale *aquæductus*.

[18] *Voy.* l'énumération des servitudes urbaines au paragraphe suivant. Il est, à la vérité, un passage de Nératius, le Fr. 2, pr. D. *de S. P. R.*, 8, 3, qui paraît incompatible avec notre hypothèse; mais il l'est autant avec toute autre. Parmi les divers essais d'interprétation de ce texte qui ont été tentés, nous adopterions, en désespoir de cause, celui qui lui attribue le sens suivant : « Peuvent aussi être établies en faveur d'un fonds rural les servitudes *altius tollendi*, etc. »

[19] Du moins, c'est à l'aide de cette hypothèse que nous expliquerons la plupart des différences pratiques qui existent entre ces deux espèces de servitudes, notamment en ce qui concerne la possession des servitudes, les interdits accordés pour la protection de cette possession, la perte de ces droits par prescription, etc. — On comprend, au reste, que dans le système que nous avons adopté nous ne saurions admettre qu'une servitude urbaine appliquée à un fonds rural puisse être soumise aux règles des servitudes rurales, et *vice versâ*, hypothèse qui est admise par quelques auteurs modernes, sous le nom de *servitus irregularis*. Cf. ci-dessus § 211, note 3.

[20] Exemples : *Actiones perpetuæ*, ci-dessus § 143; *Interdicta*, ci-dessus § 137, note 81; *Fœnus unciarium*, ci-après, t. II, § 266; *Pacta*, ci-après § 290, etc.

† § 1, I. *de servitutibus*, 2, 3. — Tit. D., *de servitutibus prædiorum urbanorum*, 8, 2.

[21] Fr. 2. 6, D., *de S. P. U.* 8, 2.-Fr. 8, §§ 1 et 2. Fr. 14, pr. D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. Cf. Fr. 18, § 2. D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - Fr. 6, D., *si mensor falsum modum dixerit*, 11, 6.

[22] Fr. 6, § 2. 5. Fr. 8, pr. § 2, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5. - Fr. 33, D., *de S. P. U.* — Au reste le propriétaire du fonds assujetti peut se libérer de cette obligation en abandon-

cette particularité, qui a engagé les commentateurs à donner à notre droit le nom de *servitus qualificata* [23].— 3° *Jus projiciendi* ou *protegendi*, le droit d'avoir des balcons ou d'autres saillies sur la propriété du voisin [24]. — 4° *Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi, avertendi* ou *immittendi*, droit en vertu duquel le propriétaire du fonds assujetti doit recevoir les eaux pluviales qui tombent du bâtiment voisin, soit goutte à goutte, soit rassemblées dans une gouttière [25]. Cette servitude peut aussi être constituée négativement comme *servitus stillicidii fluminis non recipiendi* [26]. Il y a grande controverse sur la nature de la servitude négative ; il parait qu'il faut l'entendre du cas où l'on affranchit son voisin de l'obligation de recevoir les eaux pluviales, que des statuts locaux auraient imposée comme droit commun aux propriétés voisines [27]. — 5° *Servitus altius non tollendi*, par laquelle il est interdit au voisin d'élever son bâtiment au delà d'une certaine hauteur [28]. Nos lois parlent aussi d'une

uant le fonds. Fr. 6, § 2, D., *cité*. « ... Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem delinquere scribit. » — Sur plusieurs questions pratiques *voy*. Fr. 6, § 4. 5. 7. Fr. 7. Fr. 8, pr. § 2, 1, D., *si serv. vind.*, 8, 5. - Fr. 4, § 7. Fr. 15, § 36. Fr. 27. Fr. 40, § 2. 3, D., *de damno infecto*, 39. 2.

[23] Cette obligation doit être considérée, moins comme une charge inhérente à la servitude, que comme une obligation résultant du droit de voisinage et constituant, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une *obligatio in rem scripta*, analogue à celles qui donnent lieu à la *novi operis nunciatio*, à la *cautio damni infecti*, etc. Ce qui prouve que les Romains avaient la même manière de voir, c'est que l'action par laquelle le titulaire du droit poursuit la réparation du mur se divise contre plusieurs propriétaires du fonds assujetti, ce qui ne devrait pas avoir lieu s'il s'agissait d'une action tendante à la poursuite d'un droit de servitude. *Voy*. Fr. 6, § 4, D., *si serv. vind.*, 8, 5 et ci-après, § 222. - Les Fr. 33, D., *de S. P. U.* 8, 2, et Fr. 6, § 2, D., *si serv. vind.*, 8, 5, nous font, au reste, connaître comment les Romains expliquaient l'origine de cette anomalie.

[24] § 2, I., *de action.*, 4, 6. - Fr. 1, pr. Fr. 2. D., *de S. P. U.* - Fr. 29, § 1, D., *ad legem Aquil.*, 9, 2. - Fr. 242, § 1, D., *de verb. signif.*, 50. 16.

[25] Varron, *de l. l.* IV, 5. « Inter hæc hoc interest, quod stillicidium est, quod stillatim cadat, flumen quod fluat continue. » - Fr. 2. Fr. 17, § 3. Fr. 20, § 3-6. Fr. 21, 28, D., *de S. P. U.* - Fr. pr. D., *quemadmodum servitutes amittuntur*, 8, 6.

[26] Fr. 2, D., *de S. P. U.* 8, 2.

[27] D'après d'autres le *jus stillicidii non recipiendi* serait la libération d'une *servitus stillicidii recipiendi*, dont notre fonds était grevé. Mais c'est violer les principes fondamentaux de la matière que de donner le nom de servitude à un rapport de droit qui n'est autre chose que le retour à la liberté originaire. (Fr. 9. 10, D., *de S. P. U.* - Fr. 4, § 7, D., *si serv. vind.*, 8, 5). Aussi le passage de Théophile sur lequel on se fonde ordinairement pour justifier cette interprétation ne dit pas nécessairement ce qu'on lui fait dire. En effet, après avoir donné un exemple de la *servitus stillicidii recipiendi*, Théophile, *ad* § 1, I., *h. t.* continue « ou bien vous aviez sur mon terrain un semblable droit, et nous convenons que vous ne verserez plus sur ma maison ou mon terrain l'eau de votre toit ou de vos gouttières. » L'auteur suppose donc, à la vérité, que j'ai été tenu de recevoir les eaux du voisin ; mais cette obligation ne doit pas nécessairement provenir d'une servitude, elle peut aussi être imposée par la loi ou par des statuts locaux. *Voy*. au reste ci-après, la note 29.

[28] Fr, 2. 6. Fr. 11, § 1. Fr. 12. 21. Fr. 23, § 1, Fr. 32, pr. D., *de S. P. U.* - Fr. 7, § 1. Fr. 16, D., *communia præd.*, 8, 4. - Fr. 4, § 8, D., *si serv. vind.*, 8, 5. - Fr. 4, § 26, D., *de usurpationibus*, 41, 3.

servitus *altius tollendi*, qui fait naître la même controverse que le *jus stillicidii non recipiendi*. Nous pensons que c'est le droit d'exhausser le bâtiment au delà de la hauteur fixée par la loi ou par les statuts locaux [29]. — 6° *Servitus ne luminibus, ne prospectui officiatur*. Ces servitudes empêchent le voisin de nous enlever la lumière ou la vue par des constructions qu'il pourrait faire sur son terrain [30]. Nos sources parlent encore d'une *servitus luminum* : c'était probablement le droit d'avoir des fenêtres dans le mur du voisin ou dans un mur commun, ou même dans notre propre mur contrairement aux statuts locaux [31]. — Enfin nous trouvons des *servitutes sterculinii, cloacæ immittendæ, fumi immittendi*, etc. [32].

§ 220. *Des servitudes rurales* †.

Les servitudes rurales sont sans aucun doute les plus anciennes de toutes les servitudes. Dans l'ancien droit, elles étaient considérées comme *res mancipi* [33]. Il paraît que la loi des Douze Tables faisait déjà mention des servitudes de passage [34].

[29] Gaius, II, 31. IV. 3. - § 1, I, *de servit.*, 2, 3. - Fr. 1, pr. Fr. 2. 21, D., *de S. P. U.* - Fr. 2, D., *de S. P. R.* — L'opinion exposée dans le texte et qui est conforme à celle développée ci-dessus, note 27, à propos du *jus stillicidii non recipiendi*, est encore appuyée par les dispositions que nous trouvons dans nos sources relativement à la hauteur des bâtiments. Il est vrai que la plupart de ces dispositions sont plutôt des règlements de police que des lois d'intérêt privé. Cependant la L. 12, § 1. 4, C., *de ædific. privatis*, 8, 10, reconnait aux particuliers le droit d'y déroger sous plusieurs rapports. « ... Cum facultatem habet, ex pacto vel stipulatione mutandæ, si velit, veteris formæ... liceat ipsi secundum vim pacti et stipulationis ædificare... tunc enim et eo non custodito spatio permittimus attollere ædificia, etiam si prospectum adimant eis, qui consenserunt et pacti sunt, aut qui in eorum domo successerunt, quandoquidem competentia jam quibusdam ex conventione jura per generalem auferri legem non oportet. » — *Voy.* au reste M. Schilling, *Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte*, p. 147 et *Lehrbuch*, § 149, 190.

[30] § 2, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 3, 4, 12, 15, 16, 17. Fr. § 1, 2. Fr. 22, 23. pr. Fr. 31, D., *de S. P. U.* — Le Fr. 2, D., *eodem* mentionne aussi une *servitus luminibus officiendi*. Cf. Fr. 9. D., *eodem*.

[31] A) Fr. 4, D., *de S. P. U.* « Luminum servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. » - L. 8. C. *de servitutibus* 3, 34. » B) Fr. 40, D., *eodem*. « Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse respondi. » Il se peut cependant que le *jus luminis immittendi* dans ce texte doive s'entendre d'ouvertures à faire dans le mur du voisin, qui serait adossé à un mur commun, comme le dit Cic., *topica*, 4. Omnibus est jus parietem directum ad parietem communem adjungere, vel solidum vel fornicatum. » — C) Le troisième cas que nous supposons, s'explique par la L. 12, § 3, C., *de ædif. priv.* 8, 10. « ... Ne liceat præter veterem formam in altitudinem ædificium erigere vel fenestras facere, nisi decem pedes in medio intercedant, etc. »

[32] Fr. 17, § 2, D., *si serv. vindic.* 8, 5. — Fr. 7, D., *de serv.*, 8, 1 ; Fr. 2. pr. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3.—Fr. 1, § 4, 6. D., *de cloacis* 43, 23.—Fr. 8, § 5, 7. D., *si serv. vindic.* 8, 5.

† Pr. § 2, I., *de servitutibus*, 2, 3. Tit. D., *de servitutibus prædiorum rusticorum.*, 8, 3.

[33] Gaius, II, 29. 31.

[34] Varron, *de l. l.* VI, 2. - Fr. 8, D., *de S. P. R.*, 8, 3.

Nos sources distinguent particulièrement les servitudes rurales suivantes : 1° Le droit de passage, qui peut être plus ou moins étendu [35]. Il s'appelle *servitus itineris* quand il nous permet de passer à pied, à cheval ou même en litière sur le fonds du voisin [36]. La *servitus actus* nous autorise à conduire des troupeaux, des bêtes de somme et même des voitures [37]. Enfin la *servitus viæ* est le droit de passage le plus étendu ; il comprend tout ce qui est contenu dans les deux précédents, et en outre le droit d'employer pour le passage toutes sortes de voitures, et de transporter par le chemin des pierres, des poutres et d'autres matières de construction [38]. La *servitus actus* contient ordinairement la *servitus itineris*, à moins que le contraire ne soit stipulé ; dans ce cas, il est permis de conduire des bestiaux et conséquemment de passer avec eux, mais non pas sans eux [39]. A ces servitudes de passage on peut ajouter la *servitus navigandi*, qui donne le droit de passer sur l'étang ou sur le lac du voisin [40]. — 2° *Servitus aquæductus* ou *aquæ ducendæ*, le droit de tirer de l'eau du fonds d'autrui ou par le fonds d'autrui sur notre fonds. La servitude d'aqueduc implique le droit de placer des tuyaux sur le terrain assujetti, mais non pas celui d'y construire

[35] Nous donnons dans le texte une analyse des dispositions légales sur les servitudes du passage. Mais il va sans dire que les parties peuvent y déroger par des dispositions particulières. Fr. 4, § 1. D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 14, D., *communia prædiorum*, 8, 4. - Fr. 11, pr. D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. — Pour la direction du passage. *Voy.* Fr. 9, D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 13, §§ 1. 3. Fr. 26, D., *de S. P. R.* 8, 3. - Fr. 6, § 1. D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6.

[36] Pr. I., *de servitut.*, 2, 3. « Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. » - Fr. 7, pr. D., *de S. P. R.* « Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur : jumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. » - Fr. 1, § 4. D., *de servit*, 8, 1. - Fr. 12, D., *eodem.* « Iter est enim qua quis pedes vel eques commeare potest. » - Fr. 1, pr. D., *de S. P. U.*- Fr. 1, pr. D., *de S. P. R.* - Fr. 7, § 1. Fr. 14, D., *commun. præd.*, 8, 4. - Fr. 17, § 2, D., *de aqua et aq. pluv. arc.* 39. 3.

[37] (Pr. I., *de serv.* 2, 3.) Fr. 1, pr. D., *de S. P. R.* « Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. » - Fr. 7, pr. D., *de S. P. R.* « Qui actum habet, et plaustrum ducere et jumenta agere potest, sed trahendi lapidem aut tignum neutri eorum jus est. » - Fr. 12, D., *de servit*, 8, 1. - Fr. 17, § 2, D., *de aqua et aq. pluv. arc.*, 39, 3. - Cf. Fr. 4, § 1, D., *si serv. vind.*, 8, 5, - Fr. 1, D., *de adimendis legatis*, 34, 4.

[38] Pr. I., *de serv.* 2, 3. « Via est jus eundi et agendi et ambulandi ; nam et iter et actum in se continet via. » - Fr. 7, pr. D., *de S. P. R.* « Qui viam habent, eundi agendique jus habent : plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat. » Nous ignorons ce qu'il faut entendre par *rectam hastam referre.* Fr. 23, pr. D., *eodem.* - Fr. 13, D., *de servit.*, 8, 1. — La largeur de la *via* dépend de la convention entre parties. A défaut de conventions particulières « Viæ latitudo ex lege XII Tabularum in porrectum octo pedes, in anfractum, i. e. ubi flexum est, sedecim. » Fr. 8, D., *de S. P. R. Voy.* aussi VARRON, *de l. l.* VI, 2. Le sens du mot *anfractum* est controversé. — *Voy.* au reste sur la *via* en général Fr. 9, D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 1, pr. Fr. 7, pr. Fr. 13, § 2. 3. Fr. 14. Fr. 23, pr Fr. 26, D., *de S. P. R.* - Fr. 13, § 1; D., *de acceptil.*, 46, 4.

[39] Pr. I., *de servitut.*, 2, 3. - Fr. 1, pr. D., *de S. P. R.* - Fr. 2, D., *quemadm. serv. amitt.*, 8, 6. - Fr. 1, D., *de adimendis legatis* 34, 4. - Fr. 58, D., *de verb. obl.*, 45, 1. — Il est facile de concilier ces passages avec le Fr. 4, § 1, D., *si serv. vindic.* 8. 5. « Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. »

[40] Fr. 23, § 1, D., *de S. P. R.* 8, 3.

des canaux maçonnés [41]. L'usage de l'eau peut être donné pour toute l'année ou seulement pour une saison de l'année [42]. — 3° *Servitus aquæ haustus* ou *aquæ hauriendæ*, le droit de puiser de l'eau sur le fonds d'autrui; il contient naturellement le *jus itineris* [43]. — 4° *Servitus pecoris ad aquam appellendi*, le droit de faire abreuver des troupeaux à la source d'autrui; il contient implicitement le *jus actus* [44]. — 5° *Servitus pecoris pascendi*, le droit de conduire paître nos troupeaux sur le terrain d'un autre; il comprend naturellement la *servitus actus*. S'il n'y a pas de dispositions particulières sur l'étendue de ce droit, il ne peut être exercé que pour le nombre de bestiaux qui sont attachés au fonds dominant [45]. — 6° Enfin beaucoup d'autres servitudes qui donnent le droit de prendre sur le fonds assujetti des pierres, de la craie, du sable, de la chaux, des échalas pour nos vignes, *jus lapidis eximendi, cretæ eximendæ, arenæ fodiendæ, calcis coquendæ, silvæ cæduæ ut pedamenta in vineis non desint*, etc. [46].

DE LA QUASI-POSSESSION DES SERVITUDES.

§ 221.

L'idée de la possession, emportant celle du pouvoir physique sur une chose, ne s'applique rigoureusement qu'aux objets matériels [1]. Envisagée dans ses rapports avec le droit de propriété, la possession se manifeste cependant encore comme l'exercice des pouvoirs compris dans ce droit. Or, à ce point de vue, les Romains ont cru pouvoir étendre l'idée aux ser-

[41] Pr. I., *de servitut.*, 2, 3.- Fr. 1, pr. Fr. 9, D., *de S. P. R.*- Fr. 4, D., *de aqua quotidiana*, 43, 20. *Voy.* aussi. Fr. 1, § 2. 3, D., *eodem*. - Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2. - Fr. 2, § 1. Fr. 10. 15. 21. 22. 26. 29, D., *de S. P. R.* - Fr. 17, § 1, D., *de aqua et aq. pluv.*, 39, 3. - Fr. 2. 4. Fr, 5, pr. D., *de aqua quotidiana*, 43, 20. - Fr. 2, D., *de rivis*, 43, 21. — Il ne faut pas confondre cette servitude avec le droit de conduire ou de déverser ses eaux sur le terrain du voisin, *jus aquæ immittendæ vel educendæ in fundum*. Fr. 29, D., *de S. P. R.*- Fr. 8, § 5, D., *si serv. vind.*, 8, 5.

[42] *Aqua quotidiana* et *aqua æstiva*, Fr. 1, §§ 2. 3. 4. 5. D., *de aqua quotid. et æstiva*, 43, 20. L'usage peut même être restreint à certains jours ou heures. Fr. 2, § 1, D., *de S. P. R.* - Fr. 7. 10, § 1, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - Fr. 6, § 3. Fr. 5, § 1, D., *de aqua quotidiana*, 43, 20. — C'est à ces hypothèses que les Romains appliquent le terme *servitutes discontinuæ*. *Voy.* ci-après, § 231.

[43] § 2, I. *de servit.*, 2, 3. - Fr. 1, § 1. Fr. 2, § 1. Fr. 3, § 3. Fr. 9. 20, § 3, D., *de S. P. R.*

[44] § 2, I., *de servit.*, 2, 3. - Fr. 1, § 1. Fr. 4. 6, § 1, D., *de S. P. R.* - Fr. 14, § 2, D., *de alimentis legatis*, 34, 1. - Fr. 1, § 18, D., *de aqua quotidiana*, 43, 20.

[45] § 2, I., *de servit.*, 2, 3. - Fr. 1, § 1. Fr. 3, pr. § 3. Fr. 4. 6, § 1, D., *de S. P. R.* - Cf. Fr. 13, § 1, D., *communia prædiorum*, 8, 4. - L. 6, C., *de servitutibus*, 3, 34.

[46] § 2, I., *de servit.*, 2, 3. - Fr. 1, § 1. Fr. 3, § 1. 2. Fr. 5, § 1. Fr. 6. D., *de S. P. R.* etc.

[1] Fr. 3, pr. D., *de acq. poss.*, 41, 2. « Possideri autem possunt quæ sunt corporalia. » - Fr. 4, § 27, D., *de usurpat.*, 41, 3. « Quia nec possideri intelligitur jus incorporale. »

vitudes, en considérant comme possesseur d'une servitude celui qui exerce les pouvoirs contenus dans le droit de servitude, *quasi possessio* ou *juris possessio* [2]. Au premier abord, cette extension paraît aisée ; mais en y réfléchissant de près, on découvre des servitudes qui ne s'y prêtent guère. La possession, en effet, exige une manifestation palpable et continue : or, il y a plus d'une servitude dont l'exercice n'a rien de continu ni d'apparent. Cette considération n'avait point échappé aux Romains [3], mais elle n'a point porté de fruits. Car au lieu de baser sur ce fait une distinction rationnelle, comme le firent plus tard quelques droits coutumiers et le législateur français [4], les Romains, contrairement à leurs habitudes, tombèrent, par un excès de généralisation, dans deux extrêmes également erronés. D'un côté, en effet, l'usucapion, qui est l'application la plus énergique de l'idée de la possession, fut rejetée d'une manière générale et absolue pour toutes les servitudes, bien qu'elle eût pu être parfaitement admise à l'égard de certaines catégories [5]; et d'un autre côté, l'on chercha à appliquer les autres effets possibles de la possession à toutes les servitudes, même à celles dont la nature répugne à cette application [6]. De ces méprises est résulté un système imparfait, dont voici les règles générales [7].

[2] Gaius, IV, 139 - Pr. 1., *de interdictis*, 4, 15. - Fr. 23, § 2, D., *ex quib. caus. majores*, 4, 6. Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5. - Fr. 3, § 17, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 2, § 3, D., *de precario*, 43, 26.—*Voy.* aussi, Fr. 32, § 2, D., *de S. P. U.*, 8, 2. - Fr. 2, in f. D., *communia prædiorum*, 8, 4. - Fr. 4, in f. D., *de itinere*, 43, 19.

[3] Elle est présentée en termes exprès par Paul. Fr. 14, pr. D., *de servit.* 8, 1. « Servitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant *certam continuamque* possessionem : nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Item et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur. » Et il est permis de croire que c'est par ce motif que la loi *Scribonia* mit fin aux essais qui avaient pu être tentés d'appliquer l'usucapion aux droits de servitude. *Voy.* ci-après, § 228.

[4] Les disposition du code civil, *Art.* 690. « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans. » *Art.* 691. « Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titre... » doivent leur origine à la coutume de Paris. — Les Romains soupçonnaient bien cette distinction rationnelle; et c'est pourquoi ils mentionnent souvent dans cette matière tout spécialement les servitudes urbaines, qui sont généralement continues dans le sens que le législateur français donne à ce terme. (Fr. 20 D., *de S. P. U.*, 8. 2. et *passim*); mais ils ne sont pas parvenus à se rendre un compte tout à fait exact de la base et de la raison d'être de cette différence.

[5] Il est vrai qu'on admit plus tard la *longi temporis præscriptio* comme moyen d'acquisition des droits de servitude; mais cette application de la *quasi-possessio servitutis* resta en dehors du domaine du *jus civile*, précisément pendant l'époque qui eût été particulièrement propre à développer cette institution difficile, c'est-à-dire pendant l'âge d'or de la science du droit.

[6] Spécialement, l'action Publicienne et les interdits possessoires. *Voy.* ci-après § 222 vers la fin, et § 224.

[7] Nous faisons abstraction ici des conditions particulières qui sont exigées pour quelques interdits possessoires et pour l'usucapion. *Voy.* ci-après § 224, notes, et § 228.

La quasi-possession d'une servitude exige naturellement la réunion des deux conditions régulières de toute possession, savoir : 1° *corpus*, c'est-à-dire l'exercice des pouvoirs continus dans le droit de servitude dont il s'agit; 2° *animus(servitutem) sibi habendi*, c'est-à-dire l'intention d'exercer ces pouvoirs comme nous appartenant : l'exercice à titre précaire ou de tolérance ne constitue point de possession [8].

L'acquisition de la possession d'une servitude se fait d'une manière analogue à celle de la possession corporelle, par appréhension opérée avec *animus possidendi*. Nous avons fait appréhension d'une servitude dès que nous avons posé un acte qui nous donne la possibilité d'exercer les pouvoirs contenus dans le droit de servitude, et à plus forte raison dès que nous les exerçons en réalité [9].Mais comment faire appréhension d'une servitude qui consiste tout simplement à jouir d'un état de choses sans aucune manifestation extérieure et saisissable, par exemple d'une *servitus altius non tollendi*. Ici, aucun acte d'appréhension ne saurait être imaginé, à moins que par hasard le possesseur du fonds que nous voulons assujettir n'essaye d'élever son bâtiment et y renonce par suite de notre opposition; car dès lors nous avons en réalité exercé le pouvoir qui compète au titulaire du *jus altius non tollendi* [10]. — Il n'y a évidemment pas de tradition réelle possible à l'égard d'un droit, d'une abstraction [11]. Cependant, comme la tradition corporelle, envisagée dans ses effets juridiques, n'est autre chose que la faculté qui nous est donnée par le possesseur actuel d'exercer dorénavant le pouvoir qu'il exerçait lui-même auparavant, on a admis qu'il y a quasi-tradition d'une servitude toutes les fois que nous exerçons la servitude avec le consentement du possesseur actuel de la chose assujettie, *patientia et usu* [12].

[8] Fr. 7. D., *de itinere*, 43, 19. « ... tanquam suo jure facere. » — Fr. 25. D., *quemadmodum servit. amitt.*, 8, 6. « Servitute usus non videtur, nisi is qui suo jure uti se eredidit... » Les mots *qui suo jure uti se credidit* ne veulent pas dire que celui qui exerce eroit user d'uu droit lui appartenant, mais qu'il le fait avec l'*intention* d'en user *comme d'un droit*.

[9] La forme de l'aele dépend naturellement du earaelère partieulier de la servilude dont nous voulons prendre possession. Quand il s'agit d'un droit d'usufruit qui implique détention de la ehose usufruitière même, l'aete d'appréhension se présente sous la même forme que dans la possession corporelle. Pour les autres servitudes, le fait même de l'exerciee eonstilue l'aele d'appréhension. Fr. 3, pr. D., *de usufructu*, 7, 1. — Fr. 20. D., *de servit.* 8, 1. — Fr. 1, § 6. Fr. 2, D., *de itinere*, 43, 19.

[10] Arg. Fr. 15, D., *de operis novi nunciat.*, 39, 1. - Fr. 45, D., *de damno infecto*, 39, 3.

[11] Gaius, II, 28. « Incorporales (res) traditionem non reeipere, mauifestum est. » —Fr. 43, § 1, D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

[12] Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem actione*, 6, 2. « Si de usufructu agatur tradito, Publieiana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem eonstitutis vel patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquæduetum transduei : item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. » — Fr. 3, pr. D., *de usufructu*, 7, 1. «... Dare autem intelligitur (heres usumfruetum), si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui... » —Fr. 20, D., *de servit.*, 8, 1. « Quoties via aut aliquod ius fundi

Nous perdons la possession d'une servitude comme la possession corporelle, soit *corpore*, soit *animo*, soit *corpore* et *animo*. La perte par l'intention n'offre rien de particulier. Quant à celle qui se fait *corpore*, il est évident que tout fait qui met fin à la possibilité d'exercer les pouvoirs dont il s'agit nous fait perdre la *possessio juris*. Les servitudes réellement susceptibles de possession se prêtent parfaitement à l'application conséquente de cet axiome dont nous avons, pour les choses corporelles, constaté la rigoureuse exactitude, ci-dessus, § 172 : il faut un acte contraire à notre pouvoir pour nous en faire perdre la possession [13]. La possession des servitudes qui n'ont pas le caractère requis d'apparence et de continuité se perd, au contraire, par cela seul qu'elles ne sont pas exercées [14].

La possession des servitudes peut, au reste, comme la possession corporelle, s'acquérir et s'exercer par des représentants; et elle est sous ce rapport, soumise aux règles générales, pour autant que la nature de chaque servitude le permette. Mais les servitudes prédiales offrent une particularité qui s'explique par la nature propre de ces droits, et qui consiste en ce qu'elles s'exercent pour le fonds dominant, même à l'insu du propriétaire et sans que celui qui les exerce entende agir pour le propriétaire, pourvu seulement qu'il ait l'intention de les exercer dans l'intérêt du fonds, *fundi nomine* [15].

DES ACTIONS RELATIVES AUX SERVITUDES.

§ 222. *De l'action confessoire* †.

On appelle confessoire l'action qui sert à faire valoir et à protéger un droit de servitude. Ce nom vient de ce que l'action a pour but de faire reconnaître au défendeur le droit réclamé par le demandeur [1]. Elle est également appelée *vindicatio* ou *petitio servitutis*, parce qu'elle est pour les

emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure uti possim, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. — Fr. 1, § 2, D., *de S. P. R.*, 8, 3. « Traditio plene et patientia servitutum induxit officium Prætoris. » — *Voy.* aussi ci-après § 225, note 6.

[13] Fr. 20, pr. D., *de S. P. U.*, 8, 2 - Cf. Fr. 6, D., *eodem.*, et Fr. 6, § 1, D., *si serv. vindicetur*, 8, 5.

[14] Fr. 12, § 2, D., *de usufructu*, 7, 1. - Fr. 24, D., *quibus modis ususfr. amitt.*, 7, 4.—Fr. 5, D., *quemadmodum servit. amitt.*, 8, 6. - Fr. 6, pr. D., *eodem.* « Nam satis est fundi nomine itum esse. » - Fr. 20. 21. 22. 23. 24. D., *eodem.*— Fr. 1, § 7. Fr. 3, § 4, D., *de itinere*, 43, 19.

† Tit. D., *si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur*, 7, 6.—Tit. D., *si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*, 8, 5.

[1] Fr. 2, pr. D., *si serv. vindicetur*, 8, 5. *Voy.* aussi ci-après, note 12.

servitudes ce que la revendication est pour le droit de propriété [2]. — Aussi la procédure a-t-elle été de tout temps analogue à celle de la revendication des choses corporelles. D'abord soumise à la *sacramenti legis actio*, elle s'en affranchit sous le système formulaire, au moyen de la *sponsio*, et finit par admettre la demande directe *per petitoriam formulam* [3].

Pour pouvoir intenter l'action confessoire, il faut : 1° que le demandeur ait le droit de servitude qu'il réclame [4] ; 2° que ce droit ait été lésé. Le demandeur doit donc d'abord prouver l'existence de son droit [5]. Cette preuve est simple dans les servitudes personnelles. Dans les servitudes prédiales, elle se compose de deux éléments. En effet, comme les servitudes prédiales sont inhérentes à la qualité de propriétaire du fonds dominant, nous ne pouvons en prouver l'existence qu'après avoir constaté que nous avons la propriété de ce fonds [6]. Il peut donc se faire que tout en ayant la possession d'un fonds, nous soyons obligé de prouver notre droit de propriété [7]. L'action confessoire est accordée *utiliter* à ceux qui sont intéressés directement à l'existence de la servitude à cause d'un droit d'hypothèque, d'emphytéose ou de superficie [8]. Tout acte qui porte atteinte à l'exercice du droit de servitude comme tel constitue une lésion donnant

[2] Pour être plus exact, il faudrait dire « ce que la revendication et l'action négatoire sont pour le droit de propriété. » *Voy.* ci-après note 8.

[3] *Sponsio :* SI JUS UTENDI FRUENDI FUNDO CORNELIANO MIHI EST, H-S. XXV DARE SPONDES? — *Petitoria formula :* SI PARET JUS UTENDI FRUENDI FUNDO CORNELIANO A° A° ESSE. *Voy.* ci-dessus § 205.

[4] Quand il s'agit d'une servitude prédiale et que le fonds dominant appartient à plusieurs, chacun des copropriétaires peut intenter l'action pour le tout, *in solidum*, et le jugement qu'il obtient profite à tous, au moins en ce qui concerne le droit de servitude. Fr. 4, § 3, 4. Fr. 19, D., *si serv. vind.*, 8, 5. - Fr. 1, § 5, D., *de arboribus cædendis*, 43, 27. *Voy.* ci-dessus § 135, note 38 et ci-après note 10.

[5] Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5. — L. 9. C. *de servitutibus*, 3, 34 et *passim.*

[6] Fr. 2, § 1. Fr. 6, § 3, D., *si serv. vindic.*, 8, 5.—Fr. 16, D., *de exceptionibus*, 44, 1. « Fundum Titianum possides, de cujus proprietate inter te et me controversia est, et dico præterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi : si viam petam exceptionem *quod præjudicium prædio non fiat,* utilem tibi fore putavit : *videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse.* »

[7] C'est, ce nous semble, le cas auquel Justinien fait allusion dans le célèbre passage du § 2, I., *de actionibus*, 4, 6. « Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. » Cf. ci-dessus § 153, note 11. Nous nous bornons à indiquer cette interprétation sans entrer dans des détails sur les nombreux essais faits par les jurisconsultes modernes, à l'effet de découvrir l'*unus casus* dont Justinien parle dans ce passage, la question n'ayant, au fond, aucune importance théorique ni pratique.

[8] Fr. 16, D., *de servitut.*, 8, 1.-Fr. 5, § 3. Fr. 9, D., *de operis novi nunciat.*, 39, 1.-Fr. 1, § 9, D., *de superfic.*, 43, 18. — L'usufruitier qui est troublé dans l'exercice d'une servitude appartenant au fonds usufructuaire n'a pas l'action confessoire du chef de cette servitude, mais il obtiendra le même résultat en l'intentant du chef de son usufruit. C'est du moins l'opinion de PAUL et d'ULPIEN (Fr. 1, pr. Fr. 5, § 1, D., *si ususfr. petat.*, 7, 6), qui semble devoir l'emporter sur l'opinion contraire de JULIEN, citée par Ulpien dans le Fr. 1, § 4, D., *de remissionibus*, 43, 25.

droit à l'action confessoire [9]. Dans la plupart des cas, ce sera contre le propriétaire de la chose assujettie que nous la dirigerons [10], mais, le cas échéant, elle peut être intentée contre tout tiers qui se trouve dans les conditions voulues [11].

Le but de l'action est de faire reconnaitre l'existence de la servitude [12], et par conséquent de faire cesser le trouble que le défendeur apporte à l'exercice de notre droit. Le juge se laissera déterminer par la nature particulière de la servitude, dans le choix des mesures propres à obtenir ce résultat [13]. Il peut imposer au défendeur une caution pour prévenir toute atteinte ultérieure [14], et le condamner aux dommages et intérêts, s'il y a lieu [15]. — Il nous reste à mentionner que le défendeur qui ne répond pas à l'action, ou qui nie faussement les faits de trouble qu'on lui impute, est condamné à perdre au profit du demandeur la possession du droit qu'il usurpe, et se trouve dès lors dans la nécessité de prendre lui-même le rôle de demandeur, s'il veut faire valoir ce droit [16].

[9] Fr. 9, D., *si servit. vind.*, 8, 5.-Fr. 5, pr. § 6, D., *si ususfr. petatur*, 7, 6—Fr. 6, § 1, D., *si serv. vind.*, 8, 5. Les deux derniers passages ont fait dire que l'action confessoire était donnée non-seulement quand il y avait *lésion* du droit de servitude, mais alors même qu'il y avait simple *contestation*. Cette opinion, incompatible avec les principes généraux, provient de ce qu'on n'a voulu voir une lésion du droit de servitude que dans les cas où le défendeur usurpe lui-même, c'est-à-dire *possède* la servitude, comme la revendication ne se donne que contre le *possesseur* de la chose revendiquée. Mais on perd de vue que les droits de servitude, tout comme le droit de propriété, peuvent recevoir des atteintes qui ne vont pas jusqu'à nous priver de la possession, et que l'action dont il s'agit ici, ayant pour but de protéger contre *toute* lésion du droit, remplace à l'égard des servitudes, non-seulement la revendication, mais aussi l'action négative. *Voy.* au reste ci-dessus, § 175, notes 14-16; § 207, note 4, et § 219, note 23.

[10] Quand la chose assujettie appartient à plusieurs, l'action peut être intentée contre chacun pour le tout, à cause de l'indivisibilité des servitudes, et le jugement agit à l'égard de tous, tant en leur faveur qu'à leur préjudice. Ceci, au reste, ne s'entend que de la partie du jugement relative au *droit de servitude;* les condamnations personnelles que le jugement peut contenir sont divisibles et ne frappent que les individus coupables. Fr. 4, § 3. 4. Fr. 6, § 4. D., *si serv. vind.*, 8, 5. *Voy.* ci-dessus note 4; § 155, note 58, et § 219, note 23.

[11] Fr. 4, § 3. 5. Fr. 6, § 3. 4. Fr. 9, pr. Fr. 10, § 1., D., *si serv. vindic.*, 8, 5. - Fr. 5, § 1, Fr. 6. D., *si ususfr. petatur* 7, 6.

[12] Jus sibi esse, fundo vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicinum eundi, agendi, etc. » Gaius, IV, 3.-§ 3. 1., *de act.*, 4, 6. - Fr. 2, pr. Fr. 7. 8. § 4, D., *si serv. vind.*, 8, 5. - *Voy.* aussi ci-dessus § 137, note 14.

[13] Parmi ces mesures peut figurer, selon les circonstances, la destruction des ouvrages contraires à l'exercice de la servitude. Quand l'action est intentée en reconnaissance d'un droit d'usufruit, le jugement peut ordonner la remise de la chose au demandeur, etc., Fr. 1, pr. Fr. 5. 6. D., *si ususfr. petatur*, 7, 6. - Fr. 4, § 5. Fr. 7. 8, § 2. Fr. 15, 18. D., *si serv. vind.*, 8, 5. - L. 5. C., *de servit.*, 3, 34.— Si pendant le procès la servitude s'est éteinte par non-usage, le défendeur sera condamné à la rétablir. Fr. 5, § 5, D., *si ususfr. pet.*, 7, 6. - Fr. 8, § 4, D., *si serv. vind.*, 8, 5.

[14] Fr. 7, D., *si serv. vind.*, 8, 5.- Fr. 7. D., *de aqua quotid.*, 43, 20. — Le juge peut même, le cas échéant, décréter un envoi en possession. Fr. 18. D., *si serv. vind.*, 8, 5.

[15] Fr. 4, § 2. Fr. 6, § 6, D., *si serv. vindic.*, 8, 5.-Fr. 2. Fr. 5. § 3. 6, D., *si ususfr. petetur*, 7, 6. - L. 5. C., *de servitut.*, 3, 34.

[16] Fr. 15, D., *de operis novi nunt.*, 39, 1. « .... Eaque ratione hactenus is, qui

L'action confessoire est donnée comme Publicienne, soit à celui qui n'est que possesseur de bonne foi de la servitude qu'il réclame, soit à celui qui, tout en ayant le droit de servitude, préfère la preuve plus facile de la Publicienne [17].

§ 223. *De l'action négatoire* †.

Nous avons vu, au § 207, auquel nous renvoyons pour les notions générales, que l'action négatoire peut être intentée toutes les fois que quelqu'un lèse notre droit de propriété d'une manière qui ne suffirait pas à nous donner la revendication. Elle aura donc lieu particulièrement si quelqu'un s'arroge un droit de servitude sur notre propriété [18].

L'action négatoire compète au propriétaire; elle est donnée *utiliter* au créancier hypothécaire, à l'emphytéote et au superficiaire [19]. Le demandeur doit prouver son droit de propriété ou l'existence du droit réel qui l'autorise à agir. Il y a une grande controverse sur la question de savoir s'il doit, en outre, prouver la non-existence de la servitude que le défendeur veut usurper. L'affirmative est soutenue d'une manière plus ou moins rigoureuse par beaucoup de jurisconsultes, et le nom même de l'action semble favoriser cette opinion [20]. Cependant, elle est incompatible avec les principes généraux sur le droit de propriété. En effet, ce droit est absolu et exclusif, et celui qui a fourni la preuve de sa propriété a par là même constaté l'existence de tous les pouvoirs contenus dans ce droit, jusqu'à ce qu'un autre établisse que ces pouvoirs ont été limités ou restreints d'une manière quelconque [21]. Il faut donc soutenir que le demandeur a satisfait

rem non defenderet, puuietur, ut de jnre suo probare necesse habeat : id enim esse petitoris partes sustinere. » - Cf. Fr. 45. D., *de damno infecto*, 39, 2, ci-après § 223, note 25. C'est le même principe qui, dans l'ancien droit, faisait donner contre le défendeur *qui litem non defendebat* un interdit QUEM USUMFRUCTUM, par suite duquel le demandeur obtenait la possession de la chose usufruitière. En matière de servitudes prédiales, il y avait sans doute des interdits analogues, mais portant d'autres noms, comme il y avait en matière de revendication et de pétition d'hérédité, les interdits QUAM FUNDUM et QUAM HEREDITATEM. *Voy.* ULPIAN, *Fragm. Vindob.* - *Vatic. fragm.*, 92. 93; ci-dessus § 203, note 20. § 204, note 47, et ci-après § 223, note 23.

[17] Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem act.*, 6, 2. - Fr. 1, § 2, *de S. P. R.*, 8, 3. — Dans l'ancien droit, l'action Publicienne était d'une application beaucoup plus étendue. *Voy.* ci-après § 225, notes 6-8.

† Tit. D., *si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur*, 7, 6. - Tit. D., *si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*, 8, 5. — La procédure de l'*action négatoire* a suivi la même marche que celle de l'action confessoire. *Voy.* ci-dessus, § 222, note 3.

[18] *Voy.* ci-dessus § 207, note 3, et ci-après note 23, Cf. § 2, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 5. pr. D., *si ususfr. pet.*, 8, 5. - Fr. 9, pr. Fr. 14, pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5.

[19] Fr. 5, pr. D., *si ususfr. pet.*, 7. 6. - Fr. 2, pr. in f. Fr. 4, § 7, D., *si serv. vind.*, 8, 5.

[20] Fr. 2, pr. D., *si serv. vindic.*, 8, 5. « (Competit actio) negatoria domino qui negat. » - § 2, I., *de action.*, « Si quis intendat jus non esse adversario, utendi fruendi, eundi, agendi. »

[21] *Voy.* ci-dessus § 153, § 180, § 210, note 7.

à l'obligation de la preuve dès qu'il a établi sa propriété. Si le défendeur soutient avoir un droit de servitude, c'est à lui d'en prouver l'existence, et il n'y a aucune raison d'abandonner cette règle dans le cas où le défendeur se trouverait avoir la quasi-possession de la servitude[22].—Quant aux conditions que la lésion doit réunir pour donner lieu à l'action négatoire, nous renvoyons à ce que nous avons dit en traitant du droit de propriété [23].

Le but de l'action négatoire est de faire reconnaître que nous avons le droit de propriété libre de la servitude usurpée, et par conséquent de faire condamner le défendeur à ne plus nous troubler, ainsi qu'à nous payer des dommages et intérêts s'il y a lieu. Il peut également être contraint à fournir caution pour l'avenir [24]. — Faisons encore observer que le défendeur qui ne répond pas à l'action ou nie faussement l'exercice de la servitude qu'on lui impute, perd la possession et se trouve réduit à prendre le rôle de demandeur [25].

Quoique les lois n'en parlent pas, rien ne parait s'opposer à ce qu'on applique à l'action négatoire le principe de l'action Publicienne.

[22] Arg. L. 10, C., *de pignoratitia actione*, 4, 24. « ... Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti... » Ce qui est dit ici du possesseur qui prétend tenir la chose en vertu d'un droit de gage s'applique également à celui qui exerce un droit d'emphytéose ou de servitude. — Pour l'opinion contraire, on cite souvent les Fr. 8. 14, D., *de probationibus*, 22, 3, et Fr. 7, § 5, D., *de liberali causa*, 40, 12. Mais il suffit de lire ces passages pour se convaincre qu'ils n'ont pas le moindre rapport avec la question dont il s'agit. Le Fr. 15, D., *de operis novi nunciat.*, 39, 1, quoiqu'il traite réellement des actions négatoire et confessoire, appartient à un ordre d'idées tout à fait différent. *Voy.* ci-dessus § 222 note 16, et ci-après note 25. Le Fr. 8, § 3. D., *si serv. vind.*, 8, 5, parait au premier abord plus favorable à ceux qui imposent au demandeur la preuve de la liberté du fonds, toutes les fois que le défendeur se trouve en possession de la servitude. ULPIAN y dit « Si quæritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat. » Il est incontestable que les mots *possessoris* ou *petitoris partes sustineat* peuvent signifier : « être obligé ou n'être pas obligé de prouver l'existence ou la non-existence du droit de servitude, » et que dès lors ce texte pourrait être invoqué contre l'opinion que nous soutenons. Mais nous pouvons également prendre les mots dans leur sens usuel. *Possessoris partes sustinere* signifierait dès lors *avoir la possession*, c'est-à-dire, pouvoir repousser tout empiétement et n'avoir pas besoin de recourir à une action *pétitoire* pour exercer son droit. Cette hypothèse, qui parait d'autant plus admissible que dans le Fr. 6, § 1, D., *eodem*, tiré du même ouvrage, ULPIEN se sert exactement des mêmes termes pour examiner la question de savoir à qui compètent les interdits possessoires (Cf. Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunc.*, 39. 1), mérite certes d'être préférée à une interprétation qui implique violation d'un principe fondamental en matière de preuve.

[23] *Voy.* ci-dessus § 207, note 4.

[24] § 2, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 5, § 6, D., *si ususfr. petatur*, 7, 6. - Fr. 4, § 2. Fr. 7. 12. 14. pr. D., *si servitus vindicetur*, 8, 5.

[25] Fr. 15, D., *de operis novi nunc.*, 39, 1. « ... Eum, cum quo ageretur, cavere... *non prius se ædificaturum*, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere..... » Fr. 45, D., *de damno infecto*, 39, 2. « ..... Ædificatum habes ; ago, *tibi jus non esse habere*. Non defendis. Ad me possessio transferenda est, non quidem, ut protinus destruatur opus (iniquum enim est, demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris, jus tibi esse ædificatum habere. » — *Voy.* aussi ci-dessus, § 222, note 16.

§ 224. *Des actions possessoires.*

Nous avons vu ci-dessus que le principe de la possession a été étendu aux servitudes sous le nom de *juris* ou *quasi-possessio*. Par suite de cette extension, on a également appliqué les interdits possessoires aux cas où quelqu'un exerce une servitude, abstraction faite de la question de savoir s'il a le droit de l'exercer. Toutefois, par suite des difficultés que la matière présente, et que nous avons signalées au § 221, cette application n'a pu se faire d'une manière générale et absolue [26].

C'est aux servitudes personnelles que les interdits possessoires ont été appliqués de la manière la plus étendue. Cela s'explique aisément, car la quasi-possession de l'usufruit se manifeste de la même manière que la possession corporelle. C'est par ce motif que le préteur donnait *utiliter* les interdits *uti possidetis* et *unde vi* pour protéger la possession de l'usufruit [27]. Dans le droit nouveau, les interdits ordinaires *retinendæ et recuperandæ possessionis* sont accordés indistinctement pour toutes les servitudes personnelles [28].

Le même motif se rencontre dans les servitudes prédiales, dont l'exercice consiste à avoir la jouissance d'un certain état de choses [29]. L'usage de ces servitudes ne saurait, en effet, être troublé que par un acte qui troublerait également la possession matérielle du fonds dominant, et l'on peut dire que la possession de la servitude est inhérente à la possession du fonds, comme le droit de servitude fait partie de la propriété du fonds en

[26] Les dispositions que nos sources renferment sont trop peu précises pour qu'il soit possible d'établir à cet égard une théorie certaine. Pour les servitudes personnelles, la question est à l'abri de toute contestation. *Voy.* la note suivante. Mais elle est ou ne peut plus controversée par rapport aux servitudes prédiales. Tandis que les uns appliquent les interdits ordinaires à *toutes* les servitudes (ci-après, note 38), d'autres n'admettent que les interdits particuliers, dont il sera question dans la dernière partie du paragraphe (ci-après, note 31). Nous suivons dans notre exposé, en général, la théorie de M. de Savigny, *Traité de la possession*, §§ 45 et 46, parce qu'elle nous paraît la plus *probable*.

[27] *Vaticana fragm.*, 90. « Si usufructu legato, legatarius fundum nactus sit, competit [utile] interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum *uti possidetis* utile hoc nomine proponitur [et] *unde vi*, quia non possidet. Utile... tali concipiendum est : *quod de his bonis legati nomine possides, quoque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quominus possideres, utereris fruereris*, etc. » Voyez aussi les mêmes *Fragm*. 91. 92. 93.

[28] Ils ne sont même plus qualifiés d'*utiles*. Fr. 12, § 2. Fr. 60 pr. D., *de usufructu*, 7, 1. - Fr. 27 in f. D., *de donat.*, 39, 5.-Fr. 3, § 13-17. Fr. 9, § 1. Fr. 10, D., *de vi*, 43.16.-Fr. 41, D., *uti possidetis*, 43, 17. - Fr. 2, pr. § 3. D., *de precorio*, 43, 26.

[29] A l'exception pourtant des servitudes *quæ non faciendo consistunt*. Le voisin qui élève sa maison au delà d'une certaine hauteur peut, en effet, léser notre possession du *jus altius non tollendi*, mais il ne porte certes aucune atteinte à la possession matérielle de notre fonds. Arg. Fr. 5. § 10, D., *de operis novi nunc.*, 39, 1.

faveur duquel elle est constituée [30]. A l'égard de ces servitudes, il est donc permis de soutenir que les interdits ordinaires *retinendæ possessionis* peuvent servir à en protéger l'exercice [31]. Les interdits *recuperandæ possessionis* ne peuvent jamais être employés, parce que le trouble le plus grave apporté à la servitude ne saurait avoir pour effet de nous déposséder de l'immeuble même.

Il n'en est pas de même des servitudes, dont l'exercice suppose un acte positif de la part de celui qui les réclame. Les interdits ordinaires n'y seraient d'aucune utilité; mais nous trouvons pour les cas les plus importants des interdits particuliers, dont la plupart paraissent être antérieurs aux interdits créés pour les servitudes personnelles. Tels sont : 1° l'interdit *de itinere actuque privato,* accordé à celui qui a exercé d'une manière non vicieuse la

[30] Quant au *droit* de servitude, cette observation s'applique à tous les *jura prædiorum* (*Voy.* ci-dessus § 218, note 2); mais quant à la *possession* de la servitude, elle n'est vraie que pour les servitudes prédiales, dont l'exercice consiste *habendo*. C'est cette vérité de fait qu'exprime un texte du Digeste, tout en l'étendant, à tort, à toutes les servitudes urbaines. Fr. 20, pr. D., *de S. P. U.*, 8, 2. « Servitutes quæ in superficie consistunt, possessione (*scilicet* fundi vel superficiei) retinentur... »

[31] Cela résulte, en effet, de la nature des choses, bien qu'aucun texte ne le dise expressément; car le Fr. 8, § 5 in f. D., *si servitus vind.*, 8, 5. « ... Sed et interdictum UTI POSSIDETIS poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti, » peut s'entendre aussi bien, et même mieux, de celui qui veut maintenir la liberté de son fonds que de celui qui veut *fumum immittere*. C'est à cause de ce silence de nos sources que quelques auteurs ont contesté l'application des interdits possessoires même aux *servitudes habendi*, en se fondant en outre sur le Fr. 3, § 5, D., *uti possidetis*, 43, 17. « Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum *uti possidetis* sit utile alteri adversus alterum? Et est apud Cassium relatum, utrique esse *inutile*, quia alter solum possidet, alter cum ædibus superficiem. » Ce texte, dit-on, refuse formellement l'interdit *uti possidetis* au possesseur d'une *servitus projiciendi*. Il refuse le même interdit au possesseur du fonds soumis à l'exercice de la servitude, et c'est cette disposition qui est invoquée par les partisans de l'opinion d'après laquelle les interdits *retinendæ possessionis* ne seraient pas accordés du chef d'une simple lésion, mais exclusivement dans le cas où l'adversaire soutient être possesseur lui-même. Si cette manière de voir était fondée, le texte cité serait en effet incompatible avec la théorie des interdits possessoires que nous avons adoptée ci-dessus, § 175, note 14; et c'est par ce motif que beaucoup d'interprètes changent, d'après l'autorité de Cujas, le mot *inutile* en *utile*. Ce changement arbitraire nous paraît non-seulement inutile, mais encore inadmissible. Oui, le jurisconsulte refuse dans l'espèce l'*interdictum uti possidetis* aux deux possesseurs; mais pourquoi? Par la raison bien simple qu'aucun d'eux n'a à se plaindre d'un *fait* de trouble commis par l'autre. Si mon voisin voulait *faire* une *projectio* sur mon terrain, j'aurais certes contre lui l'interdit *uti possidetis*, comme il l'aurait contre moi, si je *faisais* quelque chose contre sa *projectio* existante. Mais HABERE *projectionem* ne constitue point un *fait* de trouble. *Habere projectionem* peut donner lieu à l'action négatoire, qui est une *in rem actio;* mais l'interdit possessoire exige, en sa qualité d'*actio in personam*, un *fait* obligatoire posé par le défendeur. Or, pareil fait n'existe point dans l'espèce. Comment d'ailleurs l'édit qui promet le maintien de la possession telle qu'elle existe, *uti possidetis*, pourrait-il être invoqué, à l'effet d'obtenir un changement, par l'une ou l'autre des deux parties, dont *alter solum possidet, alter cum ædibus superficiem?* Cette interprétation simple et naturelle nous paraît lever toute difficulté pour les *interdicta retinendæ possessionis*, tant à l'égard des choses corporelles qu'en ce qui concerne les servitudes réellement susceptibles de possession.

servitude de passage au moins pendant trente jours de l'année qui a précédé le trouble. On peut également se servir d'un interdit à l'effet de faire les réparations nécessaires pour l'exercice du droit de passage, mais dans ce cas on doit prouver l'existence de son droit et fournir caution du chef de tout dommage [32]. 2° Les interdits *de aqua quotidiana* et *de aqua æstiva* [33]. Ces interdits supposent qu'on a acquis la possession de bonne foi et en vertu d'un juste titre. 3° L'interdit *de rivis reficiendis*, à l'effet de pouvoir curer et réparer les conduits d'eau [34]. 4° Les interdits *de fonte* et *de fonte reficiendo purgando* [35]. 5° Enfin il y a un interdit particulier, tendant à obtenir protection dans les réparations nécessaires d'un cloaque qui se trouve sous le terrain d'autrui [36].—Le but de tous ces interdits est d'obtenir protection dans l'exercice de la servitude qu'on possède et condamnation aux dommages et intérêts, s'il y a lieu [37].

En dehors des cas mentionnés ci-dessus, la simple possession d'une servitude ne jouit d'aucune protection légale [38]. Mais il va sans dire que le possesseur peut user de l'action confessoire directe ou publicienne, ou bien des actions fondées sur les rapports qui résultent du droit de voisinage, si sa possession réunit les conditions particulières requises pour pouvoir employer ces moyens de droit [39].

[32] Tit. D., *de itinere actuque privato*, 43, 19, et spécialement les Fr. 1, pr. § 2. 3. 6. 7. 8. 9. 11. 12. Fr. 2. 3, pr. § 1. 10. Fr. 6, 7, D., *eodem*. Cf. Fr. 2, § 2. D., *de interdictis*, 43, 1.

[33] Tit. D., *de aqua quotidiana et æstiva*, 43, 20, et spécialement Fr. 1, pr. § 10-14. 19. 20. 25-27. 31-36. Fr. 4. 6, D., *eodem*. - Fr. 1, § 26, D., *eodem*. « Si inter rivales (id est, qui per eundem rivum aquam ducunt) sit contentio de aquæ usu, utroque suum esse contendente : *duplex* interdictum utrique competit. » Cf. Paul, 1, 6, 7.

[34] Tit. D., *de rivis*, 43, 21.

[35] Tit. D., *de fonte*, 43, 22.

[36] Tit. D., *de cloacis*, 43, 23.

[37] Fr. 3, § 17. Fr. 9, § 1, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 1, pr. Fr. 3, § 3, 11, D., *de itinere*, 43, 19. - Fr. 1. pr. § 23, D., *de aqua quotid. et æstiva*, 43, 20, et *passim*. *Voy.* aussi ci-dessus § 175, notes 19-22, et § 222, notes 13-15.

[38] Les auteurs qui appliquent les interdits possessoires à *toutes* les servitudes invoquent le Fr. 20, D., *de servitutibus*, 8, 1, où Javolenus, après avoir parlé de la possession des servitudes, conclut en disant : « Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. » Mais il est évident que cette phrase veut tout simplement dire, qu'il y a *des* interdits quasi-possessoires, sans qu'il en résulte que *toutes* les servitudes soient munies de pareils interdits. La rédaction du Fr. 1, § 8, D., *quod legatorum*, 43, 3, qu'on invoque également en faveur de cette opinion, n'est guère plus concluante ; il s'y agit d'ailleurs d'un *interdictum adipiscendæ possessionis*, c'est-à-dire d'une action qui n'est pas même possessoire. *Voy.* ci-dessus § 174, note 7, et ci-après, t. III, § 503.

[39] *Voy.* ci-dessus § 222, et ci-après, t. II, § 364.

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTABLISSENT.

§ 225. *Introduction historique.*

Le mode général d'établir une servitude d'après le droit civil était anciennement la *in jure cessio*, qui était un simulacre de l'action confessoire, comme la *in jure cessio* d'une chose corporelle était une revendication fictive [1]. — Pour les servitudes rurales, qui étaient *res mancipi*, on se servait aussi de la *mancipation* [2]. — Enfin quand on transférait la propriété d'une chose à un autre, on pouvait s'en réserver l'usufruit, *per deductionem*. Toutefois cette réserve ne pouvait être ajoutée que quand le transfert de la chose se faisait par *mancipatio* ou par *in jure cessio* [3].

Aucun de ces modes civils ne pouvait servir entre étrangers ou à l'égard des fonds provinciaux. Dans ces hypothèses, on se bornait à faire une simple convention, à laquelle on ajoutait habituellement la promesse d'une peine en cas de contravention à la servitude, dans le but de constater que ce n'était point par pure tolérance que le propriétaire de la chose assujettie se soumettait à la restriction de son droit [4]. Pour garantir les servitudes ainsi constituées, les préteurs des provinces accordaient sans doute l'action confessoire, comme ils admettaient la revendication pour les fonds provinciaux. Ils protégeaient d'une manière analogue la servitude établie par quelqu'un qui n'avait que la propriété bonitaire de la chose assujettie. Enfin, ils donnaient *utiliter* l'action confessoire, quand c'était l'emphytéote ou le superficiaire qui avait accordé une servitude sur le fonds emphytéotique ou superficiaire. Dans tous ces cas, à la vérité, il n'y avait pas de *servitus*

[1] Gaius, II, 26. 30.—Ulpien, XIX, 11.—*Vaticana fragmenta*, 45.

[2] Gaius, II, 29. 30.

[3] Gaius, II, 30-32.—Ulpien. XIX, 11.—*Vatic. fragm.*, 47-50. Ces derniers passages tirés de Paul contiennent plusieurs dispositions particulières sur cette matière. *Voy.* M. Pellat, *Exposé des principes généraux*, etc., p. 49, sqq.

[4] Gaius, II, 31. «... Alioquin in provincialibus prædiis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi vel altius tollendi ædes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest : quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.» Cf. ci-après § 217, note 15. — C'est à tort que quelques auteurs ont soutenu qu'il n'avait pas été possible de constituer des servitudes sur le fonds provincial, et que les *pacta* dont parle Gaïus n'auraient fait naitre qu'une simple obligation. On se convaincra du contraire, en suivant attentivement le développement historique de cette matière. *Voy.* au reste une constitution d'Alexandre Sévère, L. 3, C., *de servitutibus et aqua*, 3, 34. « Et in provinciali prædio constitui servitus aquæductus, vel aliæ servitutes possunt, si ea præcesserint, quæ servitutes constituunt : tueri enim placita inter contrahentes debent. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per prædia probibere jure non potuerint, cum eodem onere perferendæ servitutis transire ad emtores eadem prædia posse. » (224).

jure civili constituta; mais de fait, on obtenait le même résultat *tuitione prætoris* [5].

Le préteur, tant à Rome que dans les provinces, accordait une protection semblable, toutes les fois que la servitude n'avait pas été établie d'après le droit civil, mais que l'une des parties l'avait exercée de bonne foi, et que l'autre en avait toléré l'exercice. Cette tolérance était considérée comme une espèce de tradition transférant la quasi-possession de la servitude, que le préteur protégeait d'une manière analogue à la possession matérielle d'une chose, tant par les interdits que par l'action Publicienne [6].

Dans le droit nouveau, les anciennes solennités sont tombées en désuétude et remplacées par la simple convention, qui de tout temps avait été employée dans les provinces [7]. Dès lors l'usage de l'action Publicienne a dû devenir moins fréquent. Cependant elle est toujours utile, non-seulement quand une servitude a été établie en notre faveur par quelqu'un qui n'est pas propriétaire de la chose assujettie, mais encore quand, par un motif quelconque, nous voulons éviter de fournir la preuve de la propriété de notre auteur. Au reste, dans ces cas, il est évident qu'il ne suffit pas de constater la convention, il faut de plus que nous établissions le fait de la quasi-tradition : car l'action Publicienne suppose la possession de bonne foi, et pareille possession ne peut être acquise que par un acte extérieur consenti par celui que nous croyons être propriétaire de la chose assujettie [8].

Après ces observations préliminaires, nous passerons en revue les divers modes de constitution de servitudes, tels qu'ils se trouvent dans le droit de Justinien.

§ 226. *Par convention ou par disposition de dernière volonté.*

Toutes les servitudes peuvent être établies par disposition de dernière volonté; toutefois, il est dans la nature des choses que ce mode soit plus usité

[5] *Vaticana fragmenta*, 61. (Fr. 1, pr. D., *quibus mod. ususfr. amitt.*, 7, 4). « ... Et parvi refert, utrum jure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione prætoris : proinde traditus quoque ususfructus, scilicet in fundo stipendiario vel tributario, item in jure vectigali vel superficie non jure constitutus. »-Fr. 25, § 7, D., *de usufructu*, 7, 1.-Fr. 1, § 6, 9, D., *de superficiebus*, 43, 18.— Il en aurait été de même d'une servitude constituée par adjudication dans un *judicium imperio continens*. Arg. *Voy.* ci-dessus, § 195, note 42, et ci-après, § 227, note 23.

[6] *Vatic. fragm.*, 61. - Fr. 11, § 1, D., *de Public. act.*, 6, 2. Cf. Fr. 12, § 2, D., *eodem*. — Fr. 25, § 7, D., *de usufructu*, 7, 1. - Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4. - Fr. 9, § 1, D., *usufruct. quemadm. caveat*, 7, 9. Fr. 20, D., *de servitut.*, 8, 1.—Fr. 1, § 2, D. *de S. P. R.*, 8, 3. - Fr. 16, D., *si servit. vindic.*, 8, 5. - Fr. 1, § 9, D., *de supercifiebus*, 43, 18.

[7] § 4, I., *de servitut.*, 2, 3. — § 1, I., *de usufructu*, 2, 4.—Fr. 3, pr. D., *de usufructu*, 7, 1.

[8] Fr. 11, § 1, D., *de Public. in rem act.*, 6, 2. *Voy.* aussi ci-dessus, § 208 et § 221, note 12.

à l'égard des servitudes personnelles. Nous réservons les détails pour le droit héréditaire [9].

Dans le droit nouveau, toute servitude peut également s'établir par convention entre le propriétaire de la chose assujettie et la personne en faveur de laquelle elle se constitue. Celui qui veut accorder une servitude doit être propriétaire de la chose sur laquelle elle va être établie, et avoir la capacité de disposer de cette chose de la manière dont il le fait. Par extension, on a accordé à l'emphytéote et au superficiaire le droit d'établir des servitudes; mais il va sans dire que ces droits s'éteignent de plein droit à la fin de l'emphytéose et de la superficie [10]. — De l'indivisibilité des servitudes, il résulte qu'une chose appartenant à plusieurs personnes en commun ne peut être grevée de servitudes sans le consentement de tous les copropriétaires [11]. De même, aucune servitude ne peut être établie en faveur d'un fonds commun, à moins que tous les copropriétaires n'aient concouru à l'acte de constitution [12]. Enfin, comme personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose, il est encore évident que le copropriétaire ne peut acquérir une servitude sur le fonds commun, ni en imposer à son fonds au profit du fonds commun [13].

C'est une question fortement controversée parmi les interprètes modernes, que celle de savoir si la simple convention suffit pour constituer une servitude, ou s'il faut de plus une quasi-tradition du droit de la part de celui qui accorde la servitude [14]. Nous pensons que la simple convention suffit. En effet, les passages du droit de Jutinien qui traitent de l'établissement des servitudes se bornent à exiger cette manifestation de la volonté des parties, sans faire mention de la tradition [15]. D'ailleurs le développe-

[9] Fr. 1, § 1. Fr. 6, pr. 8, D., *communia præd.*, 8, 4.—Fr. 11, § 1, *quemadm. servitut. amittuntur*, 8, 6.—Fr. 105, D., *de condition. et demonstration.*, 35, 1.

[10] *Voy.* ci-dessus § 225, note 5, et ci-après §§ 233 et 238.

[11] Fr. 2, D., *de servit.*, 8, 1.-Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.*, 8, 3. Cf. Fr. 6, § 1, 3, D., *communia prædiorum*, 8, 4. Il n'est pas nécessaire, au reste, que le consentement de tous les copropriétaires soit donné au même moment; il suffit qu'il existe *simultanément* à un moment quelconque. Fr. 11, D., *de S. P. R.*, 8, 3.-Fr. 18, D., *communia præd.*, 8, 4. Cf. Fr. 3, D., *de servitute legata*, 33, 3. — L'usufruit, étant divisible, fait naturellement exception. Fr. 10, D., *usufructuarius quemadm. caveat.*, 7, 9.-Fr. 1, § 9, D., *ad legem Falcidiam*, 35, 2.

[12] Fr. 8, in f. D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 19, D., *de S. P. R.*, 8, 3. - Fr. 5, in f. Fr. 6, § 1, 3. Fr. 18, D., *comm. præd.*, 8, 4. - Fr. 5, D., *de servitute legato*, 33, 3.

[13] Fr. 6, § 3, D., *comm. prædiorum*, 8, 4.-Fr. 8, § 1 D., *de servit.*, 8, 1. « Si prædium tuum mihi serviat, sive ego partis prædii tui dominus esse cœpero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, *licet ab initio per partes acquiri non poterit.* » *Voy.* ci-après, § 230, n° 2.

[14] Sur les détails de cette controverse, à laquelle on attache d'habitude plus d'importance qu'elle ne mérite réellement, on peut consulter la *Chrestomathie* de Blondeau, p. 413, et l'ouvrage de M. Pellat, *Exposé des principes généraux*, etc. p. 62 sqq., où l'opinion contraire à la nôtre est défendue avec force et talent.

[15] § 4, I., *de servitut.*, 2, 3. « Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. » — § 1, I., *de usufr.*, 2, 4. « Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. » —

ment inévitable des institutions devait amener ce résultat. A l'époque où l'on distinguait entre fonds italiques et fonds provinciaux, la simple convention était le mode ordinaire d'établir une servitude sur ces derniers. Le droit de Justinien, qui ne connaît plus de fonds italiques, a dû évidemment généraliser le mode le plus libre. L'opinion contraire repose presque uniquement sur la supposition gratuite que le transfert des droits réels exige la tradition, comme une condition essentielle et fondée dans la nature même des choses. Nous avons cherché à établir ci-dessus, §192, qu'il n'en est rien, et que ce n'est qu'en abandonnant la bonne voie tracée par le droit originaire, que les Romains, sous l'influence du droit provincial, ont été amenés à admettre la tradition comme mode de transfert de la propriété. Rien ne prouve qu'on ait suivi les mêmes errements à l'égard des *jura in re* [16]; bien au contraire, si nous faisons abstraction de la controverse qui nous occupe, il n'est pas un seul de ces droits dont l'acquisition exige une quasi-tradition [17]. Ainsi l'emphytéose, qui ne diffère des servitudes que parce qu'elle renferme des droits plus étendus, s'établit par simple convention, et il en est de même de la superficie et du droit d'hypothèque [18]. Ceux qui soutiennent la nécessité de la quasi-tradition s'appuient à la vérité sur plusieurs passages de nos sources. Mais de ces textes les uns

Fr. 3, pr. D., *de usufr.*, 7, 1. « Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. » — Nous trouvons dans Théophile, *ad* § 4, I., *de servitut.*, 2, 3, une formule de la stipulation qu'on avait l'habitude d'ajouter au pacte constitutif. « Promettez-vous d'observer la servitude que vous avez consentie ? Et si vous ne l'observez pas, promettez-vous de me donner 100 à titre de peine ? » Elle avait évidemment pour but de constater l'intention sérieuse d'établir une servitude, afin que le promettant ne pût point soutenir plus tard qu'il en avait accordé l'usage par pure tolérance. Aussi, bien que cette *stipulatio pœnæ* fût fort usitée, et pour ainsi dire de style dans notre matière, elle n'était pourtant pas indispensable, et nous trouvons plus d'un exemple de pactes constitutifs de servitudes sans stipulation de peine. - Fr. 12, D., *de pignoribus*, 20, 1. - L. 14, pr. C. *de servit.*, 3, 34. - L. 12, § 4, *verb.* Hæc autem, C. *de ædif. privatis*, 8, 10. *Voy.* aussi les Fr. 25, § 7, D., *de usufr.*, 7, 1 et Fr. 17, D., *de stipul. servorum*, 45, 3, où le mot *stipulari* est évidemment employé dans un sens général comme synonyme de *pacisci, convenir*. — Il faut se garder, au reste, de confondre les *stipulationes pœnæ*, ajoutées aux pactes constitutifs de servitudes avec les stipulations contenant promesse de constituer une servitude. Ces dernières engendrent tout simplement une obligation et n'exigent point la réunion des conditions requises pour l'existence actuelle d'une servitude. Fr. 3, pr. D., *de obl. et act.*, 44, 7 (ci-après, note 17).

[16] Ce n'est pas qu'on ait suivi à l'égard de ces droits une voie meilleure — à cet effet il aurait fallu conserver, tout en les perfectionnant, les anciens modes de la *mancipatio* et de la *in jure cessio*, comme nous l'avons montré ci-dessus § 192 — mais la voie qu'on a suivie est *autre* : au lieu de la tradition, on a adopté la simple convention.

[17] Il suffit de lire le texte qu'on a l'habitude de citer à l'appui de l'opinion adverse pour se convaincre qu'il n'a rien de commun avec notre question. Fr. 3 pr. D., *de obligat. et actionibus*, 44, 7. « *Obligationum* substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. »

[18] *Voy.* ci-après § 236. 238. 242.

mentionnent simplement la tradition comme un fait indifférent, les autres se rapportent à l'acquisition de la quasi-possession d'une servitude, et particulièrement à l'action Publicienne qui suppose la possession de bonne foi du droit qu'on réclame [19]. — Au reste, dans l'opinion même que nous combattons, on est forcé d'introduire tant d'exceptions, que la règle qu'elle établit devient illusoire. D'abord il est incontestable que celui qui vend une chose peut se réserver une servitude sur cette chose, sans qu'il soit question de quasi-tradition [20]. Ensuite une quasi-tradition ne peut même être imaginée à l'égard des servitudes négatives, qui consistent à ne pas faire; de sorte qu'on est obligé d'admettre que pour ces servitudes, au moins, la simple convention suffit, ou bien de soutenir qu'elles ne peuvent en aucune manière être constituées entre-vifs par la volonté des parties. Ces considérations suffiraient peut-être pour justifier la règle, que la simple convention est efficace pour l'établissement de toutes les servitudes, si d'ailleurs elle ne se trouvait exprimée dans nos sources d'une manière aussi précise que générale. — Mais il va sans dire que celui qui veut se servir de l'action Publicienne doit établir sa possession de bonne foi, ce qui implique la preuve de la quasi-tradition faite par son auteur [21].

§ 227. *Par adjudication.*

Dans les actions en partage, le juge peut établir en faveur de l'un des copartageants une servitude sur la chose qu'il adjuge à l'autre partie [22]. Le droit romain lui laisse à cet égard une grande latitude [23]. Ainsi, dans le partage des successions, il pourra, le cas échéant, accorder à l'une des parties la propriété, à l'autre l'usufruit d'une chose à partager [24]. Quand il s'agit de partager un fonds, il est souvent nécessaire d'accorder à l'un des copropriétaires un droit de passage, d'aqueduc, etc., sur le terrain adjugé à l'autre partie [25]. Après le prononcé du jugement de partage,

[19] Fr. 11, § 1, D., *de Public. in rem actione*, 6, 2. - (*Vat. fr.* 61.) Fr. 1, pr. D., *quibus modis usufr. amitt.*, 7, 4. - Fr. 1, § 2. Fr. 33, pr. D., *de S. P. R.*, 8, 3.

[20] Fr. 32. 36, § 1. D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 19. D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 33, D., *de S. P. R.*, 8, 3. - Fr. 6, pr. Fr. 8, D., *communia præd.*, 8, 4.

[21] *Voy.* ci-dessus § 225, note 8, et Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2.

[22] Fr. 18, D., *comm. divid.*, 10, 3. « Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia *ultra id, quod in judicium deductum est, excedere judex non potest.* »

[23] *Voy.* ci-après, t. II, § 360. — Anciennement, le droit n'était *jure constitutum* que dans un *judicium legitimum*; mais le préteur protégeait sans doute les servitudes imposées à la suite d'un *judicium imperio continens*, *Vatic. fragm.*, 47.-Fr. 44, § 1. D. *famil. ercisc.*, 10,2. *Voy.* ci-dessus § 195, note 42, et § 225, note 5.

[24] Fr. 6, § 1, D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 16, § 1. 2, D., *familiæ erciscundæ*, 10, 2. - Fr. 6, § 10. Fr. 18, D., *communi dividundo*, 10, 3.

[25] Fr. 7, § 1, D., *communi dividundo*, 10, 3.

il n'est plus permis à l'autorité judiciaire de créer des servitudes [26].

Observation. Des commentateurs ont soutenu qu'en général l'autorité judiciaire peut imposer à un fonds la servitude de passage en faveur d'un fonds enclavé et qui n'a aucune issue sur la voie publique. Mais le texte sur lequel cette opinion s'appuie ne parle même pas d'une servitude ; dans tous les cas, il contient une disposition tout à fait exceptionnelle qu'on ne saurait étendre [27]. D'ailleurs, le besoin des servitudes de passage se faisait moins sentir chez les Romains, parce que les champs étaient en général séparés par un espace libre de cinq pieds [28].

§ 228. *Par usucapion.*

Il parait que dans l'ancien droit la jurisprudence avait cherché à appliquer l'usucapion aux droits de servitude. Mais la loi *Scribonia* abolit d'une manière générale ce mode d'acquérir les servitudes [29].

Cette loi ne se rapportait point aux fonds provinciaux, sur lesquels on n'avait jamais pu acquérir une servitude par usucapion. On y appliquait le principe de la *longi temporis præscriptio*, du moins en ce qui concernait les servitudes prédiales. L'usage d'une servitude continuée pendant vingt ans ne donnait pas, à la vérité, le droit de servitude d'après le *jus civile ;* mais le préteur en protégeait l'exercice soit au moyen d'une exception, soit même au moyen d'une action confessoire utile. De fait, la *longi temporis præscriptio* était donc un moyen d'acquérir les servitudes prédiales dans les provinces, comme l'usucapion l'avait peut-être été d'une manière plus

[26] Fr. 22, § 3, D., *familiæ erciscundæ*, 10, 2.

[27] Fr. 12, pr. D., *de religiosis*, 11, 7. « Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur, Imperator Antoninus, cum patre rescripsit, *iter ad sepulcrum peti precario et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adjunctum habeat.* Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur ; præses etiam compellere debet justo pretio iter ei præstari : ita tamen ut judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum. »

[28] *Voy.* ci-dessus § 181, note 68.

[29] Fr. 4, § 29, D., *de usurpationibus*, 41, 3. « Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat, non etiam eam, quæ libertatem præstat sublata servitute. » — Les motifs qui s'opposent à ce que l'usucapion soit appliquée d'une manière générale aux droits de servitude, sont exposés par Paul au Fr. 14, pr. D., *de servit.*, 8, 1. *Voy.* aussi le Fr. 43, § 1. D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1 et ce que nous avons dit en général sur la possession des servitudes, ci-dessus, § 221, particulièrement aux notes 3 sqq. Pour l'intelligence de la loi *Scribonia*, qui date probablement de la fin de la république ou du commencement de l'empire, il faut encore lire le Fr. 10, § 1, D., *de usurpat.*, 41, 3. « Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam (*al.* nunquam) longo tempore capi possint, cum ædificiis possint, » dans lequel les mots *longo tempore capi* sont évidemment une interpolation de Justinien pour *usu capi*.

générale avant la loi *Scribonia* [30]. — Enfin, après la fusion de l'usucapion, Justinien appliqua la *longi temporis præscriptio* indistinctement à toutes les servitudes, tant prédiales que personnelles [31].

Dans le droit nouveau, l'usucapion ou la prescription est donc un mode d'acquérir les servitudes. Pour qu'elle puisse avoir lieu, on exige la réunion des conditions suivantes : 1° Il faut quasi-possession de la servitude, c'est-à-dire, il faut que nous l'ayons exercée comme un droit à nous appartenant [32]. 2° La possession doit avoir une juste cause, c'est-à-dire que nous devons avoir commencé l'exercice de la servitude d'une manière non vicieuse et dans des circonstances telles que nous ayons pu nous croire en droit de l'exercer [33]. Nos lois ne mentionnent point ici, comme dans l'usucapion des choses corporelles, la nécessité d'un titre en vertu duquel la possession ait été acquise : c'est qu'en effet l'exercice loyal et public de la servitude, joint à la *patientia* de la chose assujettie, suffit pour donner à la possession une juste cause [34]. 3° L'exercice de la servitude doit avoir été continué d'une manière non vicieuse, *nec vi, nec clam, nec precario*, et sans interruption

[30] Diuturnus usus, longa qnasi possessio, longi temporis consuetudo. Fr. 10, pr. D., *si serv. vindic.*, 8, 5. — Fr. 1. § 22, 25, D., *de aqua et aq. pluv. arc.*, 39, 3. — Fr. 5, § 3, D., *de itiner.*, 43, 19.- L. 1, 2, C., *de servitut. et aqua*, 3, 34.

[31] L. 12, C., *de præscriptione longi temporis*, 7, 33. On a contesté que Justinien ait étendu la *longi temporis præscriptio* aux servitudes personnelles; mais les termes de la loi citée paraissent trop précis pour qu'il soit permis d'en douter. « Eodem observando etsi res non soli sint, veluti ususfructus et ceteræ servitutes. » — Toute cette matière est, au reste, fort obscure, probablement par la raison que, ayant été exclue du *jus civile* par la loi *Scribonia*, elle n'a presque pas été soumise aux travaux des jurisconsultes, de manière que la législation impériale s'est trouvée réduite à ses seules lumières.

[32] Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5.-Fr. 25, D., *quemadm. serv. amitt.*, 8, 6.-Fr. 1, § 23, D., *de aqua et aquæ pluv. arc. act.*, 39, 3.-Fr. 1, § 6, 7. Fr. 3, § 4. Fr. 5, § 3. Fr. 7, D., *de itinere actuque privato*, 43, 19.-L. 1, C., *de servit.*, 3. 34. —*Voy.* aussi ci-dessus § 221, notes 8 et suivantes.

[33] L. 12, C., *de præscript. longi temp.*, 7, 33. « ... Bono initio possidentis... » —Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5. « Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse. » — L. 1, in f. C., *de servit.*, 3, 34. Cf. Fr. 1, § 10. 19, D., *de aqua quotidiana*, 43, 20.

[34] Il est, en effet, impossible qu'une *servitude* puisse être exercée *nec vi nec clam nec precario*, sans que la personne qui a intérêt à défendre la liberté du fonds servant en soit instruite. La *patientia* de cette personne constitue donc une présomption en faveur de la légitimité de l'exercice. Il ne faut, au reste, point perdre de vue, qu'il n'y a pas que le *propriétaire* du fonds servant qui soit intéressé à défendre la liberté du fonds : c'est même plutôt le *possesseur* qui a l'intérêt le plus direct à empêcher des usurpations actuelles. C'est pourquoi, dans notre texte, nous avons dit « *patientia* de la chose assujettie » et non pas « patientia du *propriétaire* de la chose assujettie. » Il n'est point, en effet, nécessaire que ce dernier ait seulement eu connaissance personnelle de l'exercice de la servitude. Quelques auteurs ont, à la vérité, soutenu le contraire à cause des mots *eo sciente* qui se trouvent dans la L. 2, C., *de servit.*, 3, 34; mais cette conclusion ne peut être admise par des raisons que nous exposerons ci-après, t. II, § 287, en expliquant la L. 5, C., *de his quæ vi*, 2, 20, qui présente une rédaction analogue.

pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents [35]. La possession peut être interrompue de différentes manières. Dans les servitudes négatives, *quæ non faciendo consistunt*, il y a interruptoin par cela seul que l'état des choses conforme à la servitude a été changé d'une manière quelconque [36]; dans les servitudes affirmatives, *quæ patiendo consistunt*, il faut en général un acte contraire de la part du propriétaire sur la chose duquel la servitude s'exerce [37]. Dans tous les cas, la protestation ou l'opposition de ce dernier aura pour effet d'interrompre l'usucapion de la servitude [38]. — L'*accessio possessionis* a également lieu dans l'usucapion des servitudes [39].

Observations. Nous lisons dans quelques passages que celui qui a exercé une servitude d'aqueduc pendant un temps immémorial doit être maintenu dans cet exercice [40]. Cette disposition particulière a donné lieu à la théorie de la prescription immémoriale, qui a joué un si grand rôle pendant le moyen âge. Les glossateurs, et après eux la plupart des commentateurs, distinguaient entre servitudes continues et servitudes discontinues, et soutenaient que pour l'acquisition des premières la prescription ou usucapion ordinaire suffisait, tandis qu'ils exigeaient la prescription immémoriale pour les servitudes discontinues [41]. Ces distinctions sont étrangères au droit romain; nous trouvons à la vérité quelques passages dans lesquels il est question de possession continue de servitudes; mais l'existence ou le défaut de cette circonstance n'exerce aucune influence sur l'acquisition par usucapion.

[35] Paul V, 5 a, 8. - Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5. - Fr. 1, § 10, D., *de aqua quotid.*, 43, 20.—L. 1, 2, C., *de servit.*, 3, 34.-L. 12, C., *de præscr. longi temp.*, 7, 37.

[36] Fr. 6, D., *de S. R. U.*, 8, 2. - Fr. 6, § 1, D., *si serv. vind.*, 8, 5.

[37] Fr. 6. 20, pr. D., *de S. P. U.*, 8, 2.

[38] L'exercice continué malgré pareille opposition et protestation prend en effet le caractère d'une possession violente ou clandestine. Fr. 3, pr. § 1, D., *de itinere*, 43, 19. — Fr. 4, § 27, D., *de usurpationibus*, 41, 3.—Fr, 1, § 5. 7, D., *quod vi aut clam*, 43, 24. — L. 2, C., *de servitutibus*, 3, 34.—L. 10, C., *de acquir. et retin. possess.*, 7, 32.

[39] Arg. Gaius, IV, 151.—Fr. 3, § 2. 6-10. Fr. 6, D., *de itinere*, 43, 19.

[40] Fr. 28, D., *de probat.*, 22, 3. - Fr. 3, § 4, D., *de aqua quotid.*, 43, 20. - Fr. 2. 26. D., *de aqua et aq. pluv. arc.*, 39. 3.

[41] Les commentateurs qui admettent cette terminologie la définissent de différentes manières. La définition adoptée par le Code civil, art. 688 : « Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme,—les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées » est bonne surtout parce qu'elle indique la différence importante que nous avons constatée ci-dessus § 221, note 4. Mais il importe de faire observer qu'elle n'est pas romaine et que nos jurisconsultes qualifient de *non continues* les servitudes dont l'exercice se fait à certains intervalles, soit déterminés, soit dépendants du hasard. Fr. 14, pr. D., *de servitut.*, 8, 1.-Fr. 7, D., *quemadm. serv. amitt.*, 8. 6 *Voy.* ci-après § 231, note 42.

§ 229. *Par la loi.*

Il n'y a que l'usufruit qui s'acquière de plein droit en vertu d'une disposition légale, sans qu'il soit besoin d'un acte d'acquisition. C'est ainsi que, dans le droit nouveau, le père a en général l'usufruit des biens qui appartiennent à ses enfants, *peculium adventitium* [42], et que par suite de la dissolution du mariage les époux se trouvent, dans certaines hypothèses, réduits à l'usufruit en ce qui concerne les gains nuptiaux, et même à l'égard d'autres biens au cas qu'ils convolent en secondes noces [43].

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT †.

§ 230.

Les règles générales sur l'extinction des droits s'appliquent également à l'extinction des servitudes. La matière présente cependant ici quelques particularités. D'abord l'extinction d'une servitude, en faisant cesser la restriction imposée à la chose assujettie, a naturellement pour effet de faire retourner au domaine de cette chose le démembrement qui constituait le droit de servitude [1]. Ensuite, il est à remarquer que les servitudes ne peuvent être aliénées comme telles [2], à moins que ce ne soit pour faire retour à la propriété dont elles ont été démembrées [3]. Enfin, nous avons eu l'occasion de faire observer que, par suite de leur indivisibilité les servitudes, à l'exception de l'usufruit, ne peuvent s'éteindre partiellement [4].

Passons aux divers modes d'extinction :

1° Renonciation. En matière de servitudes, la renonciation produit l'effet particulier de contenir implicitement une aliénation en faveur du propriétaire de la chose assujettie, dont le droit se trouvera dès lors libéré de la restriction qui lui était imposée par la servitude [5]. Dans l'ancien droit, la renonciation devait se faire au moyen d'un acte solennel : par *in jure*

[42] *Voy.* ci-après, t. III, § 412, C.

[43] *Voy.* ci-après, t. III, § 402 *in fine*; § 403 *in fine*.

† Tit. D., *quibus modis usufructus vel usus amittitur*, 7, 4 (Cf. PAUL, III, 6, 28-33). - Tit. D., *quemadmodum servitutes amittuntur*, 8, 6.

[1] PAUL III, 6, 28. « Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit..... »

[2] Les servitudes personnelles, en effet, sont attachées à l'individu en faveur duquel elles ont été créées et ne peuvent passer à une autre personne; les servitudes prédiales sont inhérentes au fonds dominant et ne peuvent exister sans ce fonds. *Voy.* ci-dessus *passim*.

[3] *Voy.* ci-après, note 5.

[4] *Voy.* § 210, note 12, et pour les diverses applications de ce principe, ci-après aux notes 8. 13. 39 à 41.

[5] PAUL III, 6, 28. - Fr. 14, § 1, D., *de servitutibus*, 8, 1.

cessio, c'est-à-dire une aetion négatoire fictive, ou par *remancipatio* [6]. Dans le droit nouveau, la renonciation n'exige aucune formalité ; elle peut même être faite tacitement [7]. — Si une servitude indivisible appartient à plusieurs en commun, la renonciation ne produit d'effet que lorsqu'elle a été faite par tous [8].

2° Confusion ou consolidation. Il y a confusion, lorsque le droit limité et le droit limitant, en d'autres termes la propriété restreinte et la servitude, se trouvent réunis dans la même personne [9]. La confusion s'appelle particulièrement consolidation, quand elle se rapporte au droit d'usufruit [10]. L'effet de la confusion est d'anéantir la servitude, personne ne pouvant avoir une servitude sur sa propre chose [11]. Si plus tard le propriétaire aliène soit le fonds assujetti, soit le fonds dominant, l'aliénation ne fait point revivre le droit de servitude éteint par la confusion [12]. — Il est à remarquer que les servitudes indivisibles ne s'éteignent pas si la réunion des deux droits (propriété et servitude) n'est que partielle [13].

3° La perte de la chose assujettie [14]. Il va sans dire que les servitudes sont éteintes par la perte totale de la ehose assujettie ; mais de plus, elles s'éteignent lorsque la ehose subit des changements qui rendent l'exereice de la servitude impossible. Cela arrive de fait plus facilement à l'égard des

[6] Gaius II, 30. - Paul, III, 6, 28. 32.

[7] Fr. 8, pr. D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - Fr. 4, § 12, D., *de doli mali except.*, 44, 1.— Cependant la renonciation ne se présume point. Fr. 21. D., *de S. P. U.*, 8, 2. -Fr. 20, pr. D., *de S. P. R.*, 8, 3. *Voy.* ci-dessus § 124, note 69.

[8] Fr. 32, pr. in f. D., *de S. P. U.*, 8, 2.—Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.*, 8, 3. « Unus ex sociis fundi communis permittendo *jus esse ire agere*, nihil agit. Et ideo, si duo prædia, quæ mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest..... neque acquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit. »

[9] Fr. 4, D., *usufructuarius quemadm. caveat.* 7, 9. - Fr. 1, D., *quemadm. servit. amittuntur*, 8, 6.

[10] *Vatic. fragm.*, 83. -§ 3, I., *de usufr.*, 2, 4. - Fr. 3, § 2. D., *de usufr. accrescendo*, 7, 2. - Fr. 78, § 2. D., *de jure dotium* 23, 3. Dans Paul, III, 6, 28, nous trouvons le terme *dominii comparatio* pour désigner la consolidation de l'usufruit avec la nue propriété.

[11] § 3, I., *de usufr.*, 2, 4. - Fr. 17, D., *quibus modis ususfr. amitt.*, 7, 4. - Fr. 10, D., *comm. præd.*, 8, 4. - Fr. 1, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.

[12] Fr. 10, D., *communia prædiorum*, 8, 4. Mais il peut se faire que, la cause de la confusion venant à disparaître, le propriétaire du fonds libéré par la confusion soit obligé à reconstituer la servitude (*Voy.* ci-après, t. III, § 394 et Fr. 18, D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 116, § 4, D., *de leg. I.* (30). - Cf. Fr. 2, § 19, D., *de hereditate vendita*, 18, 4, et Fr. 7, § 1, D., *de fundo dotali*, 23, 5). Dans des cas exceptionnels le rétablissement a même lieu de plein droit, Cf. Fr. 57, pr. D., *de usufructu*, 7, 1.

[13] C'est ainsi qu'on peut arriver à avoir une servitude sur sa propre chose. Fr. 8, § 1, D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 30, § 1, D., *de S. P. R.*, 8, 2. - Fr. 27, D., *de S. P. R.*, 8, 3. « ... Quia proprio fundo per communem servitus deberi potest. » — L'usufruit, étant divisible, peut naturellement s'éteindre par parties. Fr. 14, § 25, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4.

[14] Pr. § 3, I. *de usufr.*, 2, 4. — Fr. 2. Fr. 17, pr. D., *eod.*, 7, 1.—Fr. 23, 24, pr. § 1. Fr. 30, D., *quibus modis ususfr. amitt.*, 7, 4.—Fr. 20, § 2. Fr. 23. 24, D., *de S. P. U.*, 8, 2.

servitudes personnelles. Ainsi, l'usufruit d'une maison s'éteint par la destruction de la maison et l'usufruitier n'aura aucun droit sur les ruines ou le sol; l'usufruit d'un attelage de quatre chevaux s'éteint par la mort d'un seul cheval [15]. Quant aux servitudes prédiales, un changement arrivé dans la superficie ou dans la destination des immeubles ne suffit point pour les éteindre : un changement radical de la substance produira seul cet effet [16]. — Si les choses sont remises plus tard dans l'état où elles se trouvaient avant la destruction, les servitudes revivent, pourvu qu'elles ne se soient point dans l'intervalle éteintes par non-usage [17]. Cette règle est incontestable pour les servitudes prédiales; elle est d'une application moins certaine pour les servitudes personnelles [18].

4° La cessation de la qualité qui donne droit à la servitude. — A) Les servitudes personnelles, inhérentes à l'individu, s'éteignent par la mort naturelle ou civile de celui en faveur duquel elles sont établies [19]. Dans l'ancien droit toute *capitis deminutio*, même la *minima*, avait pour effet d'éteindre les droits provenant du *jus civile;* dans le droit nouveau, la *capitis deminutio minima* ne produit plus cet effet [20]. Si l'usufruit est établi en faveur d'une personne civile, la loi en fixe la durée à cent ans, à moins que la personne civile ne vienne à s'éteindre avant l'expiration de ce temps [21]. L'usufruit accordé à une personne et à ses héritiers cesse par la mort de ceux qui succèdent immédiatement au premier usufruitier [22].

[15] Paul, III, 6, 31. - § 3, I., *de usufr.*, 2, 4. - Fr. 53. 71, D., *eodem*, 7, 1. - Fr. 5, § 2. Fr. 8-11. Fr. 30, D., *quib. mod. ususf. amitt.*, 7, 4.—Le Fr. 31, D., *eodem*. « Cum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus » a donné lieu aux interprétations les plus bizarres. — Pour l'usufruit d'un patrimoine, *Voy.* Fr. 34, § 2, D., *de usufructu*, 7, 1.

[16] Fr. 31, D., de *S. P. U.*, 8, 2. - Fr. 9, pr. D., *si serv. vind.*, 8, 5. - Fr. 14, pr. *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6.

[17] *Voy.* ci-après, § 231, note 37.

[18] Pour les servitudes prédiales, Fr. 14. Fr. 18, § 2, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. — Quant aux servitudes personnelles, les Fr. 7, § 2, Fr. 71, D., *de usufructu*, 7, 1, et Fr. 5, § 3 sqq. Fr. 6. 7. 23. 24, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4, sont pour l'affirmative ; mais les Fr. 26, pr. D., *de usufr.*, 7, 1 et Fr. 10, § 1. 7, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4, décident le contraire.

[19] § 3, I., *de usufr.*, 2, 4. - Pr. I., *de usu*, 2, 5. - Fr. 3, § 3, D., *quib. mod. ususf. amitt.*, 7, 4. - Fr. 37, D., *de S. P. R.*, 8, 3. - L. 3, pr. L. 12. 14, C., *de usufr.*, 3, 33.—Exception pour les *operæ servorum*, ci-dessus § 217, note 69.

[20] Paul, III, 6, 28. 29.-*Vatic. fragm.* 61-64.-Fr. 1, D., *quib. mod. ususf. amitt.*, 7, 4.—§ 3, I., *de usufr.*, 2, 4.-§ 1, I., *de acquis. per arrog.*, 3, 10.-L. 16, § 2, C., *de usufr.*, 3, 33.—Nous avons vu ci-dessus, §§ 216 et 217, que l'habitation et les travaux d'esclaves ne se perdent pas par *capitis deminutio*.

[21] Fr. 56, D., *de usufr.*, 7, 1.-Fr. 8, D., *de usu et usufr. per leg. dat.*, 33, 2. — Fr. 21, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4.

[22] A proprement parler, il y a dans ce cas deux usufruits distincts, l'un en faveur de la personne désignée, l'autre en faveur de ses héritiers. Fr. 3, § 3. 5, D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4.—Fr. 38, § 10. 12, D., *de verb. obl.*, 45, 1.

Nous trouvons encore la particularité que l'usufruit légué à un esclave ou à un fils de famille ne s'éteint pas par la mort ou la *capitis deminutio* de ces personnes, mais continue d'exister en faveur du père de famille. De même, la mort du père de famille n'éteint pas le droit si le fils ou l'esclave survivent [23]. — B) Les servitudes prédiales, étant attachées aux immeubles, ne cessent point par la mort de celui qui les exerce actuellement; mais elles s'éteignent par la destruction du fonds dominant. Si les choses sont remises dans leur ancien état, la servitude éteinte revit, pourvu qu'elle n'ait pas péri par non-usage [24].

5° La révocation de la propriété de celui qui a constitué la servitude éteint le *jus in re*, pourvu que la révocation s'exerce *in rem* [25]. Il en est de même des servitudes établies par l'emphytéote et le superficiaire, qui cessent à la fin des droits d'emphytéose et de superficie [26].

6° L'accomplissement de la condition résolutoire et l'expiration du terme pour lequel la servitude est accordée. Ces modes d'extinction ne s'appliquent qu'aux servitudes personnelles [27]. — Il est à remarquer que l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé [28].

7° La prescription. Voyez le paragraphe suivant.

§ 231. *De la prescription extinctive des servitudes.*

Nous avons cherché à établir ci-dessus, §§ 93 et 148, que les droits ne se perdent point par cela seul que nous ne les exerçons pas; nous en avons même fourni la preuve irrécusable quant au droit de propriété. Toutefois, nous avons aussi constaté que la perte du droit de propriété peut résulter indirectement du non-exercice, quand un autre a acquis par usucapion la chose qui nous avait appartenu. Le même résultat peut se produire à l'égard des *jura in re*, et particulièrement des servitudes. En effet, si pendant le temps requis pour l'usucapion, la personne à qui une servitude compète ne l'exerce point, et que pendant ce même temps le maître de la

[23] L. 17, C., *de usufr.*, 3, 33. Cf. L. 15. 16. C., *eodem.*—Dans l'ancien droit, il y avait diverses distinctions. *Vatic. fragm.* 57. Cf. *ibid.*, 55. 71.

[24] Fr. 20, § 2, D., *de S. P. U.*, 8, 2.-Fr. 1. 5. Pr. D., *de S. P. R.*, 8, 3.-Fr. 3, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. *Voy.* ci-après § 231, note 37.

[25] *Voy.* ci-dessus § 180, note 56, et ci-après, t. II, § 331.

[26] *Voy.* ci-après ci-dessus §§ 237 et 238.

[27] Paul, III, 6, 33. - Fr. 4, pr. D., *de servitut.*, 8, 1. - Fr. 35, D., *de usu et usufr. per leg. datis*, 33, 2. - L. 5. 12, C., *de usufructu*, 3, 33. - Cf. ci-dessus § 218, n° 4.

[28] L. 12, pr. C., *de usufr.*, 3, 33. *Voy.* des décisions analogues : L. 12, § 1, C., *eodem*, et Fr. 1, § 6, D., *de usu et usufr. per legatum datis*, 33, 2.

chose assujettie exerce le droit de propriété dans toute son étendue sous les conditions requises pour l'usucapion, il est évident que ce dernier aura acquis la propriété libre et illimitée de sa chose, *usucapio libertatis*. Cette usucapion aura nécessairement pour effet d'éteindre la servitude qui gênait la liberté, comme l'usucapion d'une chose corporelle a pour effet d'anéantir le droit de l'ancien propriétaire. Mais, dans l'un comme dans l'autre de ces cas, c'est, parlant rigoureusement, l'usucapion du nouvel acquéreur qui produit ce résultat, et non pas le non-usage accidentel de celui qui perd son droit. Voilà la base originaire de l'institution dont nous avons à traiter. Ce qui prouve que, dans le principe, les Romains l'envisageaient sous le même point de vue, ce sont les délais que nous trouvons dans l'ancien droit, et qui sont d'un an pour les choses mobilières et de deux ans pour les immeubles [29].

Mais dans la pratique, il est souvent difficile de distinguer, comme nous l'avons fait, entre la possession de la liberté et le non-usage de la servitude, par la raison que les manifestations extérieures de ces idées ne présentent aucune différence saisissable. Cela est surtout vrai à l'égard des servitudes dont l'exercice exige un acte positif de la part de celui à qui elles compètent. En effet, dès que l'acte positif nécessaire pour l'exercice de la servitude n'a plus lieu, la chose assujettie se trouve en état de liberté sans que le propriétaire ait besoin de faire un acte quelconque qui constate qu'il prend possession de cette liberté. En d'autres termes, le simple non-usage de ces servitudes a nécessairement pour effet de donner au propriétaire de la chose assujettie l'exercice ou la possession de la liberté. Dès lors il n'est pas étonnant qu'on ait négligé pour ces servitudes l'idée de l'usucapion de la liberté, qui en elle-même est fort abstraite et qui offre moins d'intérêt pratique que celle de l'extinction de la servitude. Toutefois, la jurisprudence resta dans les limites que la nature des choses prescrivait rigoureusement. Ainsi, bien que l'on posât en principe général que *servitutes non utendo pereunt* [30], on continuait d'exiger l'usucapion de la liberté pour les servitudes auxquelles l'observation que nous avons faite ne s'appliquait pas. En effet, nous trouvons la disposition expresse que le simple non-usage ne suffit pas pour éteindre les *servitutes prædiorum urbanorum*, mais qu'il faut de plus *usucapio libertatis* de la

[29] Paul, I, 17, 1. « Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur... 2. Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur. » Le même, III, 6, 30. « Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno. » - Cf. *Vatic. fragm.*, 46 et Fr. 2, in f. D., *de usu et usufr. leg.*, 33, 2. « ... Servo usucapto legatum [operarum] perit. »

[30] § 3, I., *de usufr.*, 2, 4. - Fr. 6, pr. D., *de S. P. U.*, 8, 2. - L. 13, C., *de servitut.*, 3, 34. « ... Ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur. »

part du propriétaire de la chose assujettie [31]. Or, nous avons vu, au § 218, que ce sont précisément les servitudes urbaines dont l'exercice consiste à jouir d'un certain état de choses, *habendo*, ou à empêcher le libre exercice de la propriété du voisin, *prohibendo;* tandis que les servitudes rurales exigent en général pour être exercées et le fait positif de celui qui a la servitude et la tolérance du maître de la chose assujettie. Les servitudes personnelles ressemblent sous ce rapport aux servitudes rurales : c'est pourquoi il a été admis qu'elles s'éteignent également par le simple non-usage [32].

Justinien conserva les règles qui s'étaient ainsi formées par la jurisprudence; seulement, il abolit les anciens délais de l'usucapion et les remplaça par ceux de la *longi temporis præscriptio* [33]. Dans le droit nouveau, nous trouvons donc le principe, que les servitudes s'éteignent par le non-usage de dix ou vingt ans [34]. Cette règle est absolue pour l'usufruit et l'usage [35], ainsi que pour les servitudes rurales. Mais à l'égard des servitudes urbaines, il faut de plus *usucapio libertatis* de la part du maître de la chose assujettie; c'est-à-dire il faut que celui-ci ait fait un acte contraire à la servitude, auquel le propriétaire du fonds dominant ne se soit pas opposé, et que l'état des choses produit par cet acte ait duré pendant le temps requis pour la prescription [36].

Il importe peu que ce soit volontairement, ou par ignorance, ou enfin par tout autre motif, que celui à qui la servitude compète ait négligé l'usage de son droit [37]. Mais pour la conserver, il n'est pas nécessaire qu'il ait

[31] Fr. 6, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. « Hæc autem jura similiter ut rusticorum quoque prædiorum certo tempore non utendo pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris : alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris : alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet. » - Fr. 6, § 1. Fr. 32, D., *eodem.* - Fr. 18, § 2, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - Fr. 4, § 29, D., *de usurp.*, 41, 3.

[32] Paul, III, 6, 30. - § 3, I., *de usufructu*, 2, 4. - Fr. 3, D., *si ususfr. petetur*, 7, 6.

[33] L. 13, C., *de servitut.*, 3, 34. « Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decem vel viginti annorum dedimus spatium ; ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus annexæ sunt, sed decennio contra præsentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, differentiis explosis. » (531.)

[34] A l'exception de l'*habitatio* et des *operæ servorum*. *Voy.* ci-dessus, §§ 216. 217.

[35] Quelques auteurs exigent pour l'usufruit l'usucapion de la liberté, en se fondant sur les dispositions de la L. 16. § 1, C., *de usufructu*, 3. 33. Mais il est évident qu'on ne saurait attribuer pareille portée à cette loi de 530, si on la combine avec la L. 13. C., *citée* qui est de 531.

[36] *Voy.* ci-dessus la note 31.

[37] Fr. 20, D., *quib. modis ususfr. amitt.*, 7, 4. - Fr. 19, § 1. Fr. 20. 22. 25, D., *quemadm.*

exercé la servitude par lui-même; il peut la faire exercer par un autre: elle subsiste même, quand elle est exercée par un tiers quelconque, pourvu que l'usage se fasse à titre de droit [38]. Quand la servitude appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche, par suite de l'indivisibilité des servitudes, la prescription à l'égard de tous; de même, si parmi eux il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, il conservera le droit de tous les autres [39]. C'est par la même raison que la servitude demeure entière, alors même qu'elle ne serait exercée que sur une partie de la chose assujettie [40], ou que le titulaire n'aurait usé que d'une partie des dispositions comprises dans le droit [41]. — Le délai de la prescription est fixé d'une manière uniforme pour toutes les servitudes, à dix ans entre présents et à vingt ans entres absents [42]. — Il va sans dire, qu'il

servit. amitt., 8, 6.—La servitude sera même éteinte quand le nou-usage provient de la violenee de l'adversaire (Fr. 4, § 27, D., *de usurp.*, 41, 3. Cf. ei-après, uote 44) ou de force majeure. Seulemeut, dans ce cas la servitude peut revivre, si l'obstacle disparait avant l'accomplissemeut de la preseription. Fr. 71, D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 34, § 1. Fr. 35, D., *de S. P. R.*, 8, 3.-Fr. 14, pr. D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6.-Fr. 9, § 1. Fr. 10, D., *de vi*, 43, 16.—Le nou-usage qui se fait à titre précaire, ue peut servir de base à la preseription. Fr. 32, pr. D., *de S. P. U.*, 8, 2. - Fr. 17, D., *communio prædiorum*, 8, 4.

[38] Fr. 12, § 2, D., *de usufr.*, 7, 1. - Fr. 22, D., *quib. mod. ususfr. omitt.*, 7, 4. - Fr. 5, D., *quemadm. servit. omitt.*, 8, 6.-Fr. 6. pr. D., *eodem.* « Nam satis est fundi nomine itum esse. » —Fr. 20. 22. 24. D., *eodem. Voy.* aussi ci-dessus, § 22, uote 14. — Des dispositions particulières relatives à l'exereice de l'usufruit se trouveut aux Fr. 38. 39. 40. D., *de usufructu*, 7, 1.

[39] Fr. 18, D., *de S. P. R.*, 8, 3. - Fr. 5. 6. § 1. Fr. 16, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - Fr. 10. pr. D., *eodem.* » Si commuuem fundum ego et pupillus babaremus, licet uterque uon uteretur, tameu propter pupillum et ego viam retiueo. »—Il en est autrement de l'usufruit. Fr. 14. 25. D., *quibus modis ususfr. amitt.*, 7, 4.

[40] Fr. 18, D., *de S. P. R.*, 8, 3. - Fr. 6. § 1. Fr. 9, D., *quemodm. servit. omitt.*, 8, 1.—L'usufruit fait naturellement exception. Fr. 14. 25. D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4.

[41] Fr. 2, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. « Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, uon perisse actum, sed manere, Sabiuus, Cassius, Octavenus aiunt. Nam ire quoque per se eum posse qui actum habet. » — Mais il eu serait autrement, si le titulaire exerçait des dispositious autres que celles contenues dans son droit : dans cette hypothèse il pourrait y avoir nou-usage et par conséquent extinction de la servitude. Fr. 10, § 1. Fr 17, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - Fr. 18. pr. D., *eodem.* « Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua iu servitute imponenda actum est, servitus amittitur. »-Fr. 17. pr. D., *de aqua et aquæ pluv. arc. act.*, 39, 3. - Fr. 20. D., *quibus modis ususfr. amitt.*, 7, 4. « Is, qui usumfructum habet, si tantum utatur, quis existimet, se usum tautum habere, an usumfructum retineat? Et si quidem sciens, se usumfructum habere, tantum uti velit, uihilominus et frui videtur, si vero ignoret, puto eum amittere fructum ; nou euim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere.»—C'est probablement à cet ordre d'idées que se rapportent les mots du § 4. I., *de ususfr.*, 2, 4. « Finitur autem ususfructus..... uon utendo per modum et tempus..... », dont l'interprétation est, au reste, fortement coutroversée. *Voy.* MM. Schrader, Ducaurroy et Ortolan. *ad h. l.*

[42] L. 13, C., *de servit.* 3, 34. Il y a diverses dispositions pour quelques cas spéciaux, particulièrement à l'égard des servitudes, dont l'exercice se fait à des intervalles détermiués. Fr. 7, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - L. 14, C., *de servit.*, 3, 34. *Voy.* pour l'usufruit ci-après, note 46. — Quand il s'agit de personnes ou de bieus, qui ne sont pas soumis au délai ordinaire de 10 et 20 ans, il faut naturellement le délai extraordinaire de 30 ou 40 ans. Arg.

ne doit point y avoir interruption du non-usage. Le principe de l'*accessio possessionis* souffre également application dans cette matière [43]. — Dans le cas où la servitude s'éteint par le simple non-usage, il ne faut point de bonne foi de la part de celui qui veut se prévaloir de la prescription ; mais l'*usucapio libertatis* exige naturellement cette condition [44].

Il est à remarquer que le non-usage n'amène pas l'extinction des servitudes au préjudice des personnes contre lesquelles la prescription ne peut courir [45]. Une disposition positive du droit romain excepte de la prescription l'usufruit légué pour en jouir de deux années l'une [46].

Enfin, comme la prescription suppose la cessation de l'usage du droit, il n'en saurait être question à l'égard d'une servitude qui n'a jamais été exercée [47].

TITRE TROISIÈME.

DE L'EMPHYTÉOSE †.

NATURE DU DROIT D'EMPHYTÉOSE.

§ 232. *Nation et introduction historique.*

L'emphytéose est un *jus in re* en vertu duquel nous pouvons cultiver un fonds et en jouir de la manière la plus étendue, moyennant une rente à payer au propriétaire. Pour désigner ce droit, le mot *emphyteusis* est em-

L. 5, C., *in quibus causie in integr. restitutio*, 2, 41 - *Nov.*, 131, c., 6. *Voy.* aussi ci-après note 45.

[43] Fr. 32, § 1, D., *de S. P. U.*, 8, 2. - Fr. 18, § 1, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. - Arg. Fr. 3, § 2, D., *de itinere*, 43, 19.

[44] L. Fr. 32. pr. D., *de S. P. U.*, 8, 2, n'est point contraire; car rian, dans l'espèce décidée, ne pronve que l'*usucapiens* ait agi de mauvaise fai à l'égard da Mœvius.

[45] Fr. 10. pr. D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6.-Fr. 5. 6. D., *de fundo dotali*, 23, 5. *Voy.* ci-dessus, § 147, notes § 38 sqq.

[46] Fr. 28, D., *si usufr. amitt.*, 7, 4. « Si nsnsfructus alternis annis legetur, non posse non utendo eum amitti : quia plura sunt legata. » Cf. Fr. 13, D., *de usu et usufr. leg.*, 32, 2.

[47] Fr. 19, D., *quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. « Si partem fundi vendenda lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil iuris amitto, quia nullum iter aquæ fuit, sed manet mihi ius integrum. Quodsi fecissem iter, neque usus essem, amittam. Si per fundum *ret.*

† Gaius III, 145. -§ 5, I., *de locatione et conductione*, 3, 24. - Tit. D., *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, 6, 3 - Tit. C., *de jure emphyteutico*, 4, 66.

ployé à partir du second siècle de l'ère chrétienne, mais nous trouvons des institutions plus ou moins analogues longtemps avant cette époque.

D'abord la possession du domaine public, dont nous avons parlé dans l'introduction historique, offre une assez grande ressemblance avec le droit dont nous traitons ici. Nous y rencontrons en effet et la rente à payer au propriétaire et le droit de jouissance accordé au possesseur. Que cette possession ait été garantie par une action réelle, ou qu'elle n'ait été protégée qu'au moyen des interdits, toujours est-il que le possesseur avait la pleine jouissance du fonds et qu'il la transmettait à ses successeurs, sauf le droit qu'avait la république de la révoquer à volonté. Sous le point de vue pratique, ce n'est donc guère que par cette dernière restriction que la possession du domaine public différait de l'emphytéose [1].

Mais il est une autre institution qui offre plus d'analogie avec l'emphytéose, non-seulement quant aux effets pratiques, mais encore quant à l'origine et à la nature du droit. Les municipes, les colléges des prêtres, etc., avaient des propriétés immobilières qu'ils étaient accoutumés de donner à ferme [2]. De pareils baux n'offraient sans doute, dans le principe, rien de particulier; mais la qualité du bailleur devait naturellement donner un certain caractère de stabilité aux rapports qui en résultaient, d'autant plus que ces immeubles étaient souvent situés dans des pays lointains [3]. Aussi finit-on par considérer ces baux comme faits à perpétuité, et par admettre que le fermier ne pouvait être obligé de quitter le fonds tant qu'il payait

[1] *Voy.* ci-dessus § 11, 34. Nous trouvons à la vérité aussi des concessions de domaine public qui attribuent au tenancier un *droit* bien caractérisé sur la terre concédée moyennant le payement d'un *vectigal.* Ainsi APPIEN, *de bell. civ.*, I, 27, nous rapporte que peu de temps après les Gracques, le tribun Sp. Borins fit passer une loi d'après laquelle les terres du domaine public ne devaient pas être partagées, mais demeurer aux possesseurs actuels moyennant une rente à payer « τὴν μὲν γῆν μηκέτι διανέμειν, ἀλλ' εἶναι τῶν ἐχόντων καὶ φόρους ὑπὲρ αὐτῆς τῷ δήμῳ κατατίθεσθαι; » mais le même auteur dit immédiatement après, que la rente fut bientôt abolie par un autre tribun, ce qui fit naturellement de ces concessions des *propriétés de fait.* SICULUS FLACCUS, p. 2, éd. Goes, et HYGINUS, pp. 205, 206. éd. Goes, parlent également de concessions du domaine public ayant la nature d'un bail de cent ans, et même à perpétuité; mais la qualité exceptionnelle du bailleur, qui était le *populus romanus,* devait toujours empêcher ces concessions de devenir des institutions inviolables du droit privé. Aussi trouvons-nous encore sous les empereurs la faculté de révocation arbitraire appliquée à des concessions de ce genre.

[2] SICULUS FLACCUS, *de conditione agrorum*, éd. Goes., p. 25. - FRONTINUS, *de coloniis*, p. 106, *eodem.* - HYGINUS, *de conditione agrorum*, p. 206, eod. - GAIUS, III, 145. - Fr. 1, pr. D., *si ager vect.*, 6, 3. - PLINE LE JEUNE, *Epist.*, VII, 18, raconte, que voulant instituer une rente alimentaire en faveur de sa ville natale, il lui céda un immeuble, en se réservant le droit d'emphytéose sur le fonds : « agrum ex meis longe pluris exactori publico mancipavi : eundem vectigali imposito recepi, tricena millia annua daturus. Per hoc enim et reipublicæ sors in tuto, nec reditus incertus, et ager ipse propter id quod vectigali large supercurrit, semper dominum a quo exerceatur inveniet. »

[3] CIC. *ad. famil.*, XIII, 7, 11. - VELLEIUS PATERCULUS, II, 81. — Les mêmes causes devaient également contribuer à rendre le taux de la rente inférieur aux prix ordinaires de ferme. *Voy.* ci-après, note 10, et PLINE, *Epist.*, VII, 18, cité à la note précédente.

exactement le loyer convenu [4]. Pour donner de l'efficacité à ce droit, on accordait au fermier une action, non-seulement contre la corporation qui lui avait affermé l'immeuble, mais encore contre toute personne qui le troublerait dans la jouissance de son bail [5]. Ces immeubles portaient le nom d'*agri vectigales*, de la rente, *vectigal*, que payait le fermier [6]; et l'*actio in rem*, qui lui était accordée de ce chef s'appelait *actio vectigalis, quæ de fundo vectigali proposita est* [7].

Enfin sous les empereurs, nous trouvons le jus ἐμφυτευτικὸν représenté comme un *jus prædii* [8]. Les invasions des barbares et la mauvaise organisation sociale avaient fait déserter l'agriculture, surtout dans les provinces frontières, et augmenté le paupérisme dans une proportion effrayante. Les grands propriétaires, ayant de vastes étendues de terres désertes, pour lesquelles ils cherchaient en vain des fermiers aux conditions ordinaires, se virent obligés, pour attirer les cultivateurs, d'abandonner ces terres pour un temps très-long, voire même à perpétuité, et moyennant une rente inférieure aux taux habituels des baux à ferme [9]. C'étaient surtout les empereurs qui cherchaient à faire cultiver leurs fonds patrimoniaux par ce moyen [10]. Plus tard, l'institution fut également appliquée aux immeubles des particuliers et des églises [11].

Justinien comprit que le droit d'emphytéose était, de sa nature, iden-

[4] Gaius, III, 145. « Adeo autem emtio et venditio, et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio; veluti si qua *res* in perpetuum locata sit, quod evenit in prædiis municipum, quæ ea lege locantur, ut quamdiu vectigal præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus prædium auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse. »

[5] Fr. 1, § 1, D., *si ager vectig.*, 6, 3. « Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes. »

[6] Par le même motif, le même terme servait à désigner les terres du domaine public, et les immeubles dans les provinces. Mais, malgré l'identité du nom, les droits des possesseurs étaient essentiellement différents dans les trois hypothèses. Dans le droit nouveau, le mot *ager vectigalis* est devenu naturellement le terme technique pour désigner l'institution dont nous nous occupons ici.

[7] Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto*, 39, 2. - Fr. 66, pr. D., *de evict.*, 21, 2.

[8] La première mention de ce droit se trouve dans un passage d'Ulpien. Fr. 3, § 4, D., *de reb. cor. qui sub tut.*, 27, 9. « Si jus ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis jus prædii potius sit. » - Diocl. et Maxim. L. 13, C., *de præd. min.*, 5, 71. « Etiam vectigale, *vel* patrimoniale *sive* emphyteuticum prædium sine decreto præsidis distrahi non licet. » L'étymologie du mot ἐν-φυτεύω, indique le but de l'institution qui était de favoriser la culture des terres. Sur le mot ἐμβατευτικὸν qui est probablement synonyme, *Voy.* Hainaccus ad Brisson. *h. v.*

[9] L'institution du colonat (ci-dessus § 75) et celle de l'emphytéose doivent leur origine aux mêmes causes.

[10] Tit. Th. C., 5, 13 (ed. Wenck et Hænel). - Tit. J. C., *de fundis patrimonial.*, 11, 61. - Gothofredus, *Paral. ad Th. C.*, 11, 3.

[11] L. 1. C., *de fundis patrimonial.*, 11, 61. - *Nov.* 7, c. 3. - *Nov.* 120, *passim.*

tique avec les baux à rente perpétuelle, et finit par réunir ces deux institutions en une seule; de manière que, dans sa compilation, les termes *ager vectigalis* et *ager emphyteuticarius* sont entièrement synonymes [12].

On voit par la définition sommaire que nous avons donnée du droit d'emphytéose, qu'il pourrait être considéré comme une servitude personnelle. Il ressemble surtout à l'usufruit : cependant, il en diffère aussi à plusieurs égards. Notamment l'emphytéose n'est pas inhérente à la personne de celui à qui elle est accordée, elle se transmet aux héritiers et peut être aliénée; elle est à perpétuité, si l'acte de constitution ne lui assigne pas de durée limitée [13]. Puis les droits de l'emphytéote sont, sous beaucoup de rapports, plus étendus que ceux de l'usufruitier, et cependant il n'est pas obligé de fournir caution. Par contre, la rente est pour ainsi dire de l'essence du droit de l'emphytéose. Enfin, l'emphytéote a la possession juridique du fonds emphytéotique.

L'emphytéose ne peut, à la rigueur, être établie que sur les immeubles susceptibles d'être cultivés. Nous trouvons cependant trois constitutions qui semblent l'appliquer également aux bâtiments [14]

Observation. La grande étendue des pouvoirs attribués à l'emphytéote a fait croire aux glossateurs et à leurs successeurs que le droit d'emphytéose était une espèce de propriété. Pour la distinguer de la véritable propriété, on avait l'habitude de l'appeler *dominium utile*, soit parce que l'emphytéote retire toute l'utilité du fonds, soit parce que l'*actio vectigalis* est aussi appelée *utilis petitio*. Cette terminologie, qui n'a pas laissé que d'exercer une influence funeste pendant les siècles derniers, est aussi contraire aux principes généraux qu'aux dispositions positives du droit romain. Quelques lois du code de Théodose et de Justinien appliquent, à la vérité, le mot *dominus* à l'emphytéote [15]; mais il s'agit, dans ces passages, de l'emphytéote qui a acquis la nue propriété, et qui dès lors est véritable *dominus*. Loin d'assimiler l'emphytéose au droit de propriété, les Romains opposent avec soin l'*emphyteuta* au *dominus* [16]; Ulpien distingue notre droit de la propriété, en l'appelant *jus prædii;* et l'établissement d'une

[12] *Voy.* la rubrique du Tit. D., *si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur*, 6. 3 et l'interpolation du Fr. 15, § 1, D., *qui satisdare cogantur*, 2, 8. — Cf. Gaius, III, 145 avec § 3, I., *de locat. et cond.*, 3, 24.

[13] Il n'est pas nécessaire que la location soit faite à perpétuité. Fr. 3, D., *si ager vectigalis*, 6, 3.

[14] L. 5, Th. C., *de locatione fundorum juris emphyt.*, 10, 3. — *Nov.*, 7, c. 3, § 1. 2.-*Nov.*, 120, c. 1, § 2.

[15] L. un. Th. C., *communi dividundo*, 2, 25.—L. 5. Th. C., *de censitoribus*, 13, 11. Cf. L. 5. J. C., *de locatione prædiorum civilium*, 11, 70. — L. 4. 12. J. C., *de fundis patrimonialibus*, 11, 61.—L. 5. C., *de diversis prædiis urbanis et rusticis templorum*, 11, 69.

[16] § 3. I., *de locat. et conduct.*, 3, 24. - Fr. 1, § 1, D., *h. t.*, 6, 3. - Fr. 10. D., *famil. ercisc.*, 10, 2.—Fr. 71, § 5. 6, D., *de leg. I.* (30). — L. 1-3, C., *de jure emphyteut.*, 4, 66. — L. 8, C., *de fund. patrim.*, 11, 61.—L. 2, C., *de mancipiis et colonis patrim.*, 11, 62.

emphytéose est considérée comme ne constituant point un *titulus alienationis*[17].

§ 233. *Droits de l'emphytéote.*

1° L'emphytéote jouit du fonds comme le propriétaire. Il peut y faire les changements qui lui semblent nécessaires ou utiles; il a même le droit de disposer de la substance, et son pouvoir arbitraire n'est limité que par la défense de détériorer le fonds[18]. — 2° L'emphytéose se transmet aux héritiers[19]. L'emphytéote peut disposer de son droit comme bon lui semble, tant entre-vifs qu'à cause de mort; il peut le louer et le grever de servitudes et d'hypothèques; il peut même le céder et le transférer à un autre, à titre onéreux ou à titre gratuit[20]. Cependant il ne peut le vendre, à moins de signifier sa volonté au propriétaire, lequel a dans ce cas, pendant deux mois, un droit de préférence sur l'acheteur originaire, s'il offre un prix égal à celui offert par ce dernier. Passé ce délai, l'emphytéote est libre de vendre, sauf les obligations dont il sera parlé ci-après[21]. — 3° L'emphytéote a la possession du fonds emphytéotique[22]. Cette anomalie s'explique par la ressemblance qui existait entre les anciens *agri vectigales* et la possession du domaine public. Il est d'ailleurs possible qu'avant la création de la *vectigalis in rem actio*, les municipes aient eu l'habitude de céder à leurs fermiers les interdits, afin de leur donner une arme contre les usurpations des tiers. En sa qualité de possesseur du fonds, l'emphytéote a donc le droit d'intenter les interdits possessoires, et il acquiert les fruits par la simple séparation.

[17] Fr. 3, § 4, D., *de rebus eorum qui sub tut.*, 27, 9.—L. 1, C., *de jure emphyteut.*, 4, 66.

[18] § 3. I., *de locat.*, 3, 24. - Fr. 1, § 1, D., *h. t.* - *Nov.*, 7, c. 2, § 3. - *Nov.*, 120. c. 8.

[19] Gaius, III, 145. - § 3, I., *de locat. et conduct.*, 3, 24. - Fr. 1. pr. D., *si ager vectig.*, 6, 3. - Fr. 9. 10, D., *fam. ercisc.*, 10. 2. - *Nov.*, 7. c. 3. - *Nov.*, 120. c. 6, § 1.

[20] (*Vatic. fragm.*, 61). Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amitt.*, 7, 4.—Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 31, D., *de pignoribus*, 20, 1. - Fr. 71, § 5. 6, D., *de legat. I.* (30). - L. 3, C., *de jure emphyteut.*, 4, 66. - L. 1, C., *de fund. patrim.*, 11, 61. — Mais il ne faut pas perdre de vue que les *jura in re* que l'emphytéote accorde s'éteignent par l'extinction de l'emphytéose. Fr. 31, D., *de pignor.*, 20, 1.

[21] L. 3, C., *de jure emphyteut.*, 4, 66. *Voy.* ci-après, note 28.

[22] Arg. Fr. 25, § 1, *de usuris*, 22, 1. « ... Cum ad bonæ fidei possessorem (fructus) pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. » *Voy.* ci-dessus, § 3, note 32. 36. Cf. aussi Fr. 31, D., *de pignoribus*, 20, 1. — Le Fr. 15, § 1, D., *qui satisdare cogantur*, 2, 8, que l'on allègue aussi pour prouver que l'emphytéote a la possession du fonds n'est pas concluant; car il est évident que le mot *possessor* y est pris dans un sens différent. Voyez le Fr. 15, § 2. 3, D., *eodem*.

§ 234. *Obligations de l'emphytéote.*

1° L'emphytéote supporte les charges, impôts, etc., qui pèsent sur le fonds [23].—2° Il est obligé de cultiver le fonds en bon père de famille, et de le restituer à la fin de l'emphytéose dans l'état où il l'a trouvé; il est tenu de toute détérioration arrivée par sa faute [24]. — 3° Il doit payer exactement la rente annuelle, *pensio, reditus, canon*, moyennant laquelle il exerce le droit d'emphytéose [25]. Il n'a pas droit à une diminution proportionnelle, si une partie du fonds périt; mais si le fonds entier périt, le droit d'emphytéose s'éteint, et avec le droit, l'obligation de payer la rente [26]. — 4° En cas d'aliénation du droit d'emphytéose, il est dû au propriétaire une somme d'argent égale au cinquantième du prix de vente ou de la valeur estimative de l'emphytéose, *laudemium* *. Cette obligation existe non-seulement dans le cas de vente, mais toutes les fois que l'emphytéose est transférée à une autre personne [27]. La succession héréditaire n'y donne point lieu : car elle n'est autre chose que la continuation de la personne du défunt et ne constitue point une aliénation.

DES ACTIONS RELATIVES AU DROIT D'EMPHYTÉOSE.

§ 235.

A. Actions pétitoires. 1° Pour faire valoir son droit tant contre le propriétaire que contre toute autre personne, l'emphytéote a une *actio in rem* appelée *vectigalis actio* [28].Elle est en tout conforme à l'action confessoire.

[23] L. 2, C., *de jure emphyteut.*, 4, 66.

[24] *Nov.*, 7. c. 3, § 2. - *Nov.*, 120. C. 8. - *Auth.* Qui rem C., *de SS. ecclesiis*, 1, 2.

[25] Fr. 1. pr. Fr. 2, D., *si ager vectig.*, 6, 3.—§ 3, I., *de locat. et cond.*, 3, 24. — L. 2. 3, C., *de jure emphyt.*, 4, 66. Rien ne paraît s'opposer à ce que le *canon* consiste en une quantité de fruits. Arg. L. 21, C., *de locato*, 4, 65.

[26] Cette décision se trouve dans la Loi 1, C., *de jure emphyteut.*, 4, 66, par laquelle l'empereur Zénon mit fin à l'ancienne controverse sur la question de savoir si les obligations résultant de l'emphytéose devaient être réglées d'après les principes du contrat de vente, ou d'après ceux du contrat de louage. *Voy.* ci-après, t. II, § 314, ainsi que le § 3, I., *de locat. et conduct.*, 3, 24. « ... Si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus : sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum; sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire. »

[27] Car la loi s'exprime d'une manière générale. L. 3, C., *de jure emphyteutico*, 4, 66.—Les lois ne disent point par qui ce *laudemium* est dû ; il paraît cependant qu'il faut accorder au propriétaire la faculté de l'exiger de l'acquéreur.

[28] Fr. 15, § 26, D., *de damno inf.* 39, 2. - Fr. 66, pr. D., *de evict.*, 21, 2. Elle est aussi appelée *utilis petitio* (Fr. 16, D., *de servit.*, 8, 1), ou tout simplement *in rem actio.*, Fr. 1, § 1,

L'action Publicienne est donnée à celui qui se trouve de bonne foi en possession d'un fonds sur lequel un non-propriétaire lui a constitué un droit d'emphytéose [29].

2° Pour défendre son droit libre contre l'usurpation de l'emphytéose, le propriétaire devrait, d'après les principes généraux, intenter l'action négatoire. Mais comme l'usurpation de l'emphytéose implique usurpation de la possession, on lui donne la revendication [30].

B. Actions possessoires. L'emphytéote, ayant la possession juridique du fonds, peut se servir des interdits ordinaires *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* [31].

COMMENT L'EMPHYTÉOSE S'ÉTABLIT.

§ 236.

L'emphytéose s'établit par convention ou par disposition de dernière volonté [32]. Il ne faut point de tradition, à moins qu'on ne veuille se servir de l'action Publicienne [33].

L'emphytéose peut-elle s'établir par usucapion? L'usucapion étant une institution du droit positif, on ne saurait l'appliquer que dans les cas où la loi l'admet expressément. Or, aucun passage du droit romain ne dit que l'emphytéose peut s'acquérir par ce moyen. Il y a d'ailleurs une raison qui parait s'opposer à l'usucapion de l'emphytéose, c'est que ce droit n'est pas susceptible de quasi-possession [34].

D., si *ager vectigalis*, 6, 3. — Si on conteste à l'emphytéote l'exercice des servitudes appartenant au fonds, il peut se servir de l'action confessoire. Fr. 16, D., *de servit.*, 8, 1. - Fr. 3, § 3, D., *de operis novi nunc.*, 39, 1. *Voy.* ci-dessus § 222, note 8.

[29] Fr. 12, § 2, D., *de Publiciana in rem actione*, 6, 2.

[30] *Voy.* § 204, note 37, et § 207, note 1. Arg. Fr. 1, § 4. D. *de superfic.* 43, 18 ci-après § 238, note 12.

[31] Voir ci-dessus § 233, n° 3 et §§ 175. 176.

[32] Gaius III, 145, - § 3, I, *de locat. et conduct.*, 3, 21. -L. 1, C., *de jure emphyteutico*, 4, 66.

[33] La loi n'exige nulle part la tradition pour la constitution du droit d'emphytéose ; bien au contraire, elle dit, que l'*actio in rem* compète aux fermiers emphytéotiques, dès que *fundum fruendo conduxerunt*. Fr. 1, § 1, D., si *ager vectigalis*, 6, 3.

[34] Le Fr. 12, § 2, D., *de Public. in rem act.* 6, 2, ne saurait être allégué en faveur de la prescription acquisitive ; car, tout en appliquant à l'emphytéose l'action Publicienne, qui en général suppose *conditionem usucapiendi*, il dit clairement que c'est une exception. « In vectigalibus et in aliis prædiis, quæ *usu capi non possunt*, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. » — On pourrait cependant imaginer un cas assez compliqué dans lequel le droit d'emphytéose naîtrait médiatement de l'usucapion, savoir si nous usucapons la propriété d'un fonds sur lequel le véritable propriétaire aurait, pendant le temps de l'usucapion, exercé le droit d'emphytéose, en nous payant le canon. Ce dernier aurait dès lors, en effet, perdu la propriété par suite de notre usucapion, mais nous ne serions pas en droit de lui contester l'emphytéose. Arg. L. 20, pr. C., *de agricolis*, 11, 47.

COMMENT L'EMPHYTÉOSE S'ÉTEINT.

§ 237.

Abstraction faite des causes d'extinction communes à tous les droits, l'emphytéose s'éteint : 1° par la perte totale du fonds emphytéotique [35]; 2° par l'expiration du temps, si elle est constituée à terme [36]; 3° par la confusion, lorsque le propriétaire succède dans le droit de l'emphytéote ou *vice versâ ;* il y a également confusion, lorsque l'emphytéote meurt sans héritiers et sans avoir disposé de son droit ; 4° par le consentement mutuel du propriétaire et de l'emphytéote, mais l'emphytéote ne peut renoncer à son droit sans l'agrément du propriétaire [37]; 5° par l'usucapion de la liberté du fonds, faite par le propriétaire ou par un tiers [38] ; 6° enfin dans certains cas, le propriétaire peut priver l'emphytéote de son droit, notamment *a*) si ce dernier vend le droit sans en avertir le propriétaire [39], *b*) si l'emphytéote ne paye pas les contributions publiques pendant trois années consécutives [40], *c*) s'il détériore considérablement le fonds emphythéotique [41], *d*) s'il reste sans payer la rente pendant deux ans pour les biens de l'Église, et pendant trois ans pour d'autres biens [42]. L'offre tardive de payer les rentes arriérées ne purge pas la demeure de l'emphytéote [43], mais l'acceptation de la part du propriétaire implique naturellement renonciation à son droit de faire prononcer la déchéance. La privation n'a cependant pas lieu de plein droit; le propriétaire doit la faire prononcer par l'autorité judiciaire [44].

[35] L. 1, in f. C., *de jure emphyteutico*, 4, 66.

[36] Fr. 3. D., *h. t.* 6, 3. - Nov. 7, c. 3, § 2. - Nov. 120, c. 6, § 1.

[37] L. 3, C., *de fund. patrimon.* 11, 65. — Arg. L. 5, C., *de obligat. et actionibus*, 4, 10.

[38] Voyez ci-dessus § 222, note 87.

[39] L. 3, C., *h. t.*, 4, 66.

[40] L. 2, C., *eod.* - *Nov.* 7, c. 3, § 2.

[41] *Nov.* 7. c. 3, § 2. - *Nov.* 120. c. 8.

[42] L. 2. C. *h. t.* - *Nov.* 7. c. 3, § 2. - *Nov.* 120. c. 8.

[43] L. 2. C. *citée.* « ... Neque prætendente, quod non est super hac causa inquietatus, cum neminem oporteat conventionem vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est ... » La *lex generalis* dont Justinien parle ici, ne nous est point connue. — Ajoutons que d'après le droit canon, l'emphytéote est relevé de sa déchéance s'il fait offre réelle des arrérages avant que la privation ait été poursuivie par le *dominus*. C. 4. EXTRA, *de locato et conducto*, 3, 18.

[44] Cela résulte des principes généraux et par induction de la L. 2. C. *citée.* « ... Volenti ei licere, eum a prædiis emphyteuticariis repellere, *rel.* »

TITRE QUATRIÈME.

DU DROIT DE SUPERFICIE †.

—

§ 238.

Superficies est tout ce qui s'élève au-dessus du sol [1]. D'après les principes généraux, la superficie appartient au propriétaire [2]; mais, si elle se compose de bâtiments, le droit prétorien a admis qu'on peut en accorder l'usage comme droit réel, pourvu que l'octroi soit à perpétuité ou au moins pour un temps assez long [3]. Dans ce cas, le propriétaire du fonds reste également propriétaire de la superficie; mais le superficiaire en a l'usage d'une manière aussi absolue que l'emphytéote l'a des terres labourables [4].

Le superficiaire a le droit d'user et de jouir de la superficie. Il transmet ce droit à ses héritiers; il peut en disposer comme bon lui semble, l'aliéner, l'hypothéquer, etc.; il peut grever le fonds de servitudes pour la durée de son bail [5].

Par contre, il est tenu des contributions et charges imposées au fonds et doit payer la rente convenue, *pensio* ou *solarium* [6]. A la fin de son droit, il doit restituer le fonds dans l'état où il l'a reçu, et il est reponsable des détériorations survenues par sa faute [7].

† Tit. D., *de superficiebus*, 43, 18.

[1] Fr. 71, D., *de usufructu*, 7. 1. - Fr. 13, pr. D., *de S. P. R.*, 8, 3.

[2] Gaius, II, 73. - Fr. 50, D., *ad leg. Aquil.*, 9, 2. - Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis*, 43, 17. - Fr. 2, D., *de superf.*, 43, 18. - Fr. 44, § 1, D., *de oblig. et action.*, 44, 7. - Fr. 98, § 8, D., *de solutionibus*, 46, 3.

[3] Fr. 1, § 1. 3-5. Fr. 2, D., *de superf.*, 43, 18. - Fr. 86, § 4, D., *de leg. I* (30). - Fr. 19, pr. D., *de damno infecto*, 39, 2. — Au reste, il parait que le droit de superficie ne doit pas être absalument restreint aux bâtiments. Arg. Fr. 13, pr. D., *de S. P. R.*, 8, 3.

[4] Fr. 86, § 4, D., *de leg. I* (30). — Les commentateurs ont aussi attribué au superficiaire une espèce de propriété, *dominium utile*. Mais cette theorie n'a pas plus de fondement pour la superficie que pour l'emphytéose. *Voy.* Fr. 18. § 4. Fr. 19, pr. D., *de damno inf.*, 39, 2. - Fr. 1, § 1. 4, D., *de superf.*, 43, 18. - Fr. 86, § 4, D., *de leg. I* (30).

[5] Fr. 1, D., *de superf.*, 43, 18. - Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amittatur*, 7, 4. - Fr. D., *fam. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 16, § 2, D., *de pignoratitia actione*, 13, 7. - Fr. 13, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 15, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4. - Fr. 32, D., *de contrah. emt.*, 18, 1. - Fr. 86, § 4, D., *de leg. I* (30).

[6] Fr. 74, D., *de rei vind.*, 6, 1. - Fr. 15, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4. - Fr. 2, § 17, D., *ne quid in loco publ.*, 43, 8. - L. 1, C., *de divers. præd. urb.*, 11, 69.

[7] Cela résulte des principes généraux et de l'analogie avec l'emphytéose. Voir ci-dessus § 234, n° 2.

Pour protéger son droit, le superficiaire a une *utilis in rem actio* contre quiconque lèse son *jus in re*. Il peut aussi se servir de l'action Publicienne [8]. — Il y a controverse sur la question de savoir si le superficiaire a la quasi-possession du droit ou la possession du fonds superficiaire. Pour la quasi-possession du droit, on invoque avec une grande apparence de raison l'existence d'un interdit particulier *de superficiebus* [9]. Mais cet interdit, bien que créé par analogie de l'interdit *uti possidetis*, n'est pas une action purement possessoire, puisqu'il suppose, outre l'exercice de la superficie, une *justa causa possessionis* [10]. D'ailleurs, la grande analogie qui existe entre notre droit et l'emphytéose, ainsi que l'impossibilité physique d'admettre de la part du *dominus* l'exercice de la possession, relativement à un terrain occupé par le bâtiment superficiaire [11], semble devoir faire attribuer la possession corporelle au titulaire de la superficie, d'autant plus que le *dominus* parait avoir la revendication contre celui qui usurperait pareil droit [12] et que le langage de nos sources est en général plus favorable à cette manière de voir [13].

Le droit de superficie s'établit et s'éteint de la même manière que l'emphytéose, sauf les causes de privation qui ne s'y appliquent pas [14].

[8] Fr. 73, § 1. Fr. 74, 75, D., *de rei vind.*, 6, 1 - Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 1, pr. § 1. 3. 4. 6, D., *de superf.*, 43, 18. - Fr. 12, § 3, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2. — Il peut également se servir de l'action confessoire si on l'empêche d'exercer les servitudes appartenant au fonds superficiaire. Fr. 3, § 3, D., *de operis novi nunciatione*, 39, 1.

[9] M. de Savigny, *Traité de la possession*, § 47.

[10] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Ait Prætor : UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS SUPERFICIA, QUA DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUEMINI, QUO MINUS FRUAMINI, VIM FIERI VETO. »

[11] Le Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis*, 43, 18, loin de contredire notre manière de voir, la confirme plutôt. Il y est dit que le superficiaire est maintenu dans sa possession au moyen de l'*interdictum de superficiebus*, mais qu'il succombe toutes les fois que le *dominus soli* se trouve dans la position d'intenter l'*interdictum uti possidetis*. Or, cette dernière hypothèse suppose naturellement de la part du superficiaire une entreprise sur une partie du sol qui n'est pas couverte du bâtiment superficiaire, c'est-à-dire sur une partie non possédée par lui. *Voy.* ce que nous avons dit ci-dessus § 224, note 31 sur l'interprétation du Fr. 3, § 5, D., *eodem*.

[12] Fr. 1, § 4, D., *h. t.* « ... Plane si adversarius superficiarium velit *vindicare* ... » - Cf. ci-dessus, § 233, note 30.

[13] Le Fr. 1, § 5, D., *de vi et vi armata*, 43, 16. « Proinde et si superficiaria insula fuit, qua quis dejectus est, apparet, interdicto fore locum, » donne au superficiaire l'interdit *de vi*. - Les Fr. 13, § 3, D., *de pignoribus*, 20, 1, et Fr. 1, § 1, D., *h. t.* 43, 18. emploient, par rapport au fonds superficiaire les mots *possessio* sans aucune autre qualification. - *Voy.* aussi le Fr. 3, § 3, D., *de operis novi nunc.*, 39, 1. (ci-dessus note 8).

[14] La convention par laquelle on accordait un droit de superficie était le contrat de vente, ou plus souvent le contrat de louage. Fr. 1, pr. § 1-3. Fr. 2, D., *de superf.* 43, 18. - Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis*, 43, 17. - Fr. 18, § 4, D., *de damno infecto*, 39, 2.

TITRE CINQUIÈME.

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE †.

NATURE DES DROITS DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE.

Notion et introduction historique.

§ 239.

Le but du gage et de l'hypothèque est d'assurer l'exécution d'une obligation en donnant au créancier une garantie réelle par une chose appartenant au débiteur ou à tout autre. Pour obtenir pareille garantie, les Romains employaient anciennement deux moyens qui différaient entre eux comme le droit et le fait, comme la propriété et la possession.

Le premier de ces moyens est en apparence le plus simple qu'on puisse imaginer. Le débiteur donnait au créancier une chose dont il lui transférait la propriété par *mancipatio* ou par *in jure cessio*. De cette manière le créancier avait toute garantie possible, pourvu que la valeur de la chose fût assez considérable. Le débiteur, à la vérité, perdait la chose; mais on avait l'habitude d'ajouter au transfert de propriété une convention particulière, *fiducia*, par laquelle le créancier s'engageait à remanciper ou à rétrocéder la chose dès que le débiteur aurait payé la dette pour la sûreté de laquelle elle avait été donnée [1]. Ordinairement, on convenait aussi que le débiteur conserverait la possession et la jouissance de la chose [2]. De fait, l'effet de la cession était donc tout simplement de donner au créancier la revendication, sans lui attribuer les avantages matériels

† Dans cette matière, qui occupe dans les Paudectes le livre XX et dans le Code les Titt. C. VIII, 14-35, nous avons souvent mis à profit, surtout pour les citations, le titre VI du premier livre de l'ouvrage de M. Schilling, intitulé : *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Roemischen Privatrechts*, tome II. Ce titre, qui traite *Du droit de gage et d'hypothèque*, a été traduit par M. Pellat, comme appendice à sa *Traduction du livre XX et du titre VII du livre XIII des Pandectes*. Paris, 1840.

[1] Gaius, II, 59, 60. « Sed cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quod tutius nostræ res apud eum essent... » - Isidora, *Orig.* V, 25. « Fiducia est, cum res aliqua sumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur vel in jure ceditur. » - Boethius, *ad Cic. Topica* 4. « Fiduciam vero accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet... Hæc mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur. » *Voy.* ci-dessus, § 120, notes 15 et 16.

[2] Cela pouvait se faire soit gratuitement, *precario*, soit moyennant un loyer que le débiteur payait au créancier. Gaius, II, 60, in f.

contenus dans le droit de propriété. C'est aussi dans ce sens que l'usage et la jurisprudence développèrent cette institution. Ainsi, en cas de non-payement, le créancier ne pouvait point garder la chose pour lui : il devait la vendre; et afin de prévenir toute fraude, il lui était défendu de l'acheter soit par lui-même soit par personnes interposées. Par contre, le débiteur pouvait céder son droit de *fiducia* et l'action qui y était attachée [3]. Même quand le créancier avait la possession et l'usage de la chose, il ne jouissait des fruits, du travail de l'esclave, etc., qu'à la charge de diminuer la créance en proportion de sa jouissance [4]. — Le payement de la dette ne faisait pas de plein droit retourner au débiteur la propriété de la chose engagée : il fallait pour cela une nouvelle acquisition de sa part. Cependant, s'il avait possédé la chose pendant un an, il en redevenait propriétaire par usucapion, bien que, d'après la rigueur du droit, il ne fût pas de bonne foi, *usureceptio* [5].

Le second moyen, appelé *pignus*, quoique ne conférant aucun droit réel au créancier, lui donnait cependant une grande sûreté de fait. Le débiteur transférait au créancier la possession d'une chose et se mettait par là dans l'impossibilité physique d'en disposer. Le créancier comme possesseur était protégé par les interdits ordinaires [6]. Les parties pouvaient même convenir qu'il lui serait permis de vendre la chose en cas de non-payement et de se faire payer sur le prix de la vente [7]. Cependant, cette convention ne lui donnait pas de droit réel; et s'il venait à perdre la possession, il n'avait à sa disposition que le moyen souvent insuffisant des interdits possessoires, qu'il ne pouvait diriger que contre l'auteur de la privation.

[3] PAUL, II, 13, 3. « Debitor creditori fiduciam vendere non potest; sed aliis, si velit, vendere potest : ita ut ex pretio ejusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emtori præstet. 4. Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore comparaverit, emtio non videtur : et ideo quandoque lui potest. Ex hoc enim causa pignoris vel fiduciæ finiri non potest. 5. Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore, creditor denunciare ei solemniter potest, et distrahere : nec enim ex tali conventione fiduciæ actio nasci potest. »

[4] PAUL, II, 13, 2. « Quidquid creditor per fiduciarium servum quæsivit, sortem debiti minuit. »

[5] GAIUS, II, 59-60. *Voy.* ci-dessus § 196 vers la fin.

[6] ISIDORE, *Orig.*, V. 25 « ... Pignus est, quod datur propter rem creditam : quæ dum redditur, statim pignus aufertur... Pignus est enim, quod propter rem creditam obligatur : cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor; ceterum dominium penes debitorem est. »

[7] GAIUS, II, 64. « ... Item creditor pignus *ex pactione* (alienare potest), quamvis ejus ea res non sit; sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. » Voyez aussi les passages suivants qui se rapportent évidemment au droit ancien. Fr. 6, § 8, D., *comm. dividundo* 10, 3. - Fr. 14, § 5, D., *de divers. temp. præsc.*, 44, 3. et surtout le Fr. 73 (75), D., *de furtis*, 47, 2.

Outre ces deux institutions, nous trouvons encore une convention de garantie sous le nom d'*hypotheca*. Nous n'avons pas de renseignements précis sur la nature de cette institution [8]. Il parait que c'était une convention sans tradition, qui donnait au créancier le droit de saisir éventuellement une chose déterminée du débiteur [9].

§ 240.

D'après ce que nous venons de dire, on conçoit que le transfert avec *fiducia* avait particulièrement lieu à l'égard des immeubles, parce que les choses immobilières ne peuvent pas facilement être soustraites à la revendication du créancier. Par contre, le *pignus* s'appliquait de préférence aux choses mobilières, parce que le créancier n'est suffisamment garanti que pour autant qu'il lui soit possible de tenir la chose sous sa surveillance personnelle [10]. Mais l'un et l'autre de ces modes présentaient de graves inconvénients. La *fiducia* mettait ordinairement le débiteur à la merci du créancier; le *pignus* ne donnait qu'une garantie de fait qui devenait souvent illusoire quand le créancier avait perdu la possession de la chose engagée. Il était donc naturel que le besoin se fît sentir d'avoir un moyen qui, sans exiger les formalités de la cession, et sans priver le débiteur de sa propriété, donnât au créancier un droit réel sur la chose engagée, en vertu duquel il pût la poursuivre partout où il la trouverait. Ce moyen fut imaginé par le préteur Servius pour le cas suivant : Le bailleur d'une ferme exigeait ordinairement une garantie pour le payement du loyer; or le fermier, n'ayant pas d'immeuble, ne pouvait point donner de *fiducia*. Il avait bien des meubles, savoir ceux destinés à l'exploitation de la ferme et les fruits qu'il recueillait annuellement; mais il ne pouvait les donner comme *pignus*, c'est-à-dire en accorder la possession au bailleur, sans se mettre dans l'impossibilité de cultiver la ferme. Le préteur Servius remplit cette lacune en accordant à la simple hypothèque constituée sur les meubles et les fruits une *in rem actio* au moyen de laquelle le

[8] D'après Cic., *epist. ad fam.* XIII, 6, où se trouve la première mention de l'*hypotheca*, on serait tenté de croire que cette institution est d'origine grecque, comme son nom semble d'ailleurs l'indiquer.

[9] Isidore, *Orig.*, V, 25, « Hypotheca est, cum res aliqua commodatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. »

[10] § 7, I., *de action.*, 4, 6.—Fr. 9, § 2. Fr. 35, § 1, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. — Fr. 238, § 2, D., *de verb. sign.*, 50, 16. « Pignus appellatum a *pugno*, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur : unde etiam videri potest, verum esse quidem putant, pignus proprie rei mobilis constitui. » — Cependant on pouvait accorder un *pignus* sur des choses immobilières. Fr. 11, § 1. Fr. 31, D., *de pignor.*, 20, 1, et rien n'empêchait de donner en *fiducia* une chose mobilière. Paul, II, 13, 2.

bailleur pouvait poursuivre ces choses partout où elles se trouvaient, afin de les vendre et de se faire payer sur le produit de la vente [11].

Le principe de cette action, *actio Serviana*, fut par la suite étendu à d'autres cas comme *actio quasi-Serviana*. Il finit par remplacer entièrement la *fiducia* et par être appliqué à l'ancien *pignus* [12].

Dans le droit nouveau, les mots *pignus* et *hypotheca* servent indistinctement à désigner le *jus in re* [13], en vertu duquel le créancier peut poursuivre, partout où il la trouve, la chose sur laquelle le droit est établi, afin de la vendre et de se faire payer sur le prix [14]. Dans un sens plus restreint, le mot *pignus* ne s'emploie, à la vérité, que lorsque le créancier a la possession de la chose donnée en garantie, tandis que l'*hypotheca* proprement dite ne suppose point cette possession. Mais cette différence n'influe en rien sur la nature du droit réel, qui est la même dans l'un et l'autre des deux cas [15]. Pour désigner le rapport dans lequel se trouve la chose sur laquelle le droit d'hypothèque est établi, les Romains se servent des termes *rem obligare* ou *obstringere*, *rem in obligationem deducere* ou *dare*, *rem pignori obligare* ou *dare*, etc. [16].

Le droit d'hypothèque ou de *pignus* est déclaré indivisible, bien que la créance pour la sûreté de laquelle elle est constituée puisse être divisible [17]. Ce serait en effet difficile, souvent même impossible que de faire subir à la chose hypothéquée une division proportionnée à la divisibilité de la créance [18].

[11] *Voy.* ci-après § 246. Il n'est guère probable que l'auteur de cette action soit le célèbre Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron (ci-dessus § 47, note 50); car il résulte de Cic., *pro Murena*, 20, que Sulpicius, comme préteur, n'était point chargé de l'administration générale de la justice, mais spécialement de la présidence de la *quæstio peculatus*. *Voy.* M. Schilling, *Lehrbuch*, § 218, note *d*. (§ 15, note 4 de la traduction de M. Pellat.)

[12] Tit. D., *de pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum*, 20, 1. — Tit. C., *de pignoribus et hypothecis*, 8, 14.

[13] Fr. 30, D., *de noxalibus act.*, 9, 4. - Fr. 19, pr. D., *de damno infecto*, 39, 2.

[14] § 7, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 47, D., *de pignoribus*, 20, 1. - L. 17, C., *eodem*, 8, 14. — *Voy.* ci-après §§ 247, 252.

[15] § 7, I., *de action.*, 4, 6. « Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est : nam *pignoris* appellatione eam proprie contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie *hypothecæ* appellatione contineri dicimus. » - Fr. 5, § 1, D., *de pignor.*, 20, 1. « Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. » — Nous aurons cependant à signaler un cas dans lequel le *pignus* peut éventuellement être plus avantageux que l'hypothèque. *Voy.* ci-après, § 242, note 6.

[16] *Voy.* M. Schilling, *Lehrbuch*, § 204, note *i* (§ 1, note 9, de la traduction de M. Pellat).

[17] Fr. 85, D., *de solutionibus*, 46, 3. *Voy.* ci-après, § 254, n° 1, et t. II, § 276, Obs., 1.

[18] Bien que les lois romaines n'en offrent point d'exemple, rien ne s'oppose, en réalité, à ce que les parties donnent au droit de *pignus* un caractère divisible, pourvu que l'impossibilité signalée dans le texte ne se rencontre point dans l'espèce. Pourquoi, en donnant comme gage dix actions de la Banque nationale, pour sûreté d'une dette payable par cinquièmes, ne

§ 241. *Conditions requises pour l'existence du pignus.*

Le droit de *pignus* suppose nécessairement : 1° une dette pour la sûreté de laquelle le droit est constitué ; 2° une chose propre à être donnée en gage ou grevée d'hypothèque.

1° Une dette. Le droit de *pignus* est de sa nature un droit accessoire et ne peut avoir lieu que pour autant qu'il garantisse l'exécution d'une obligation appartenant à celui en faveur duquel le droit s'établit [19]. Il importe peu que l'obligation ait reçu la sanction civile : une obligation naturelle peut servir de base à un droit de *pignus*, pourvu que la loi ne la réprouve pas expressément [20]. Il n'est pas nécessaire que l'obligation soit présente : elle peut être future ou même conditionnelle. Dans ce dernier cas, l'hypothèque n'existera, à la vérité, qu'au moment où la condition dont la dette dépend viendra à s'accomplir ; mais elle aura un effet rétroactif au jour de la convention hypothécaire [21]. On peut également

pourrais-je stipuler qu'après le payement du premier cinquième, les deux premières actions seront libérées du *pignus*, et ainsi de suite ?

[19] L. 2, C., *si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit.*, 8, 33.-Cf. Fr. 9, § 1, D., *de pignoratitia actione*, 13, 7. - Fr. 3, pr. Fr. 33, D., *de pignoribus*, 20, 1.

[20] Fr. 5, D., *de pignoribus*, 20, 1. « Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia detur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio conductio, vel mandatum, et sive in præsenti contractu, sive etiam præcedat. Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt, et non solum solvendæ omnis pecuniæ causa, verum etiam de parte ejus, et vel pro civili obligatione, vel tantum naturali. Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit. » — Fr. 14, § 1, D., *eodem.* - Cf. Fr. 13, pr. D., *de condict. indebiti*, 12, 6, et Fr. 89, pr. D., *ad SC. Trebellianicum*, 36, 1. — Des exemples d'obligations réprouvées se trouvent Fr. 11, § 3, in f. D., *de pignorat. act.*, 13, 7.-Fr. 23, D., *de pign.*, 20, 1. - Fr. 2, D., *quæ res pignori datæ obligari non possunt*, 20, 3. - Arg. Fr. 129, § 1, D., *de reg. jur.*, 50, 17. « Cum principalis causa non consistit, nec ea quæ sequuntur, locum habent. »

[21] Fr. 11, § 1, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4. « ... Cum enim semel conditio exstitit proinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. » —Aussi a-t-on jugé avec raison que l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert commençait au moment de la convention hypothécaire, bien que les avances d'argent aient pu être faites à des époques postérieures. Mais, pour que l'hypothèque produise cet effet rétroactif, il faut qu'il ne dépende point de la seule volonté de l'une ou l'autre des parties de faire naître ou de ne pas faire naître la dette. Autrement, rien ne serait plus facile que de léser frauduleusement les droits des tiers Fr. 1, D., *qui potiores in pignore habeantur*, 20, 4. - Fr. 9, pr. § 1, 2. D., *eodem.* « ... Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse cœpisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiorem ejus causam habendam. 1. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi cœperit, *si modo non ea conditio sit, quæ invito debitore impleri non possit.* 2. Sed et si heres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit. » - Fr. 11, pr. D., *eodem.* - Fr. 4. D., *quæ res pignori*, 20, 3.

établir sur sa chose un droit de *pignus* pour la dette d'un autre [22].

2° Une chose propre. Il faut d'abord que la chose soit dans le commerce et puisse être aliénée, puisque le droit de *pignus* peut éventuellement donner droit à une aliénation [23]. Pour hypothéquer ou engager une chose, il faut en être propriétaire [24]. L'engagement de la chose d'autrui est nul, mais il peut devenir valable par le consentement ou la ratification du propriétaire [25]. On peut cependant engager la chose d'autrui pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire [26]. Si, en dehors des deux hypothèses mentionnées, quelqu'un engage la chose d'autrui il n'y a pas de véritable *pignus*, quand même par la suite il viendrait à en acquérir la propriété. Toutefois dans ce cas, on donne au créancier de bonne foi les actions hypothécaires utiles [27]. La convention hypothécaire consentie par le simple possesseur de bonne foi ne peut évidemment créer un droit de *pignus*, mais elle fait obtenir au créancier une action utile analogue à l'action Publicienne [28].

[22] Fr. 5, § 2, D., *de pignoribus*, 20, 1.

[23] Paul, V, 1, 1. - Fr. 1, § 2. Fr. 5. Fr. 9, § 1, D., *quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt*, 20, 3. - L. 21, C., *de sacros. ecclesiis*, 1, 2. - L. 5, C. *quæ res pignori*, 8, 17. — Au reste, il est indifférent que le créancier soit *personnellement* incapable d'acquérir la chose sur laquelle l'hypothèque doit être constituée. Fr. 24. D., *de pign.*, 20, 1. « In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. »

[24] L. 6, C., *si alieno res pignori data sit*, 8, 16. Il va sans dire, au reste, qu'on peut engager des choses futures. Fr. 15, pr. D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 11, § 3. D., *qui potiores*, 20, 4. Cf. ci-après note 41 et § 243, note 1.

[25] La ratification rétroagit alors, sauf à l'égard des dispositions que le propriétaire a pu prendre en faveur d'un tiers, avant d'avoir ratifié. Fr. 2. 20, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 4, § 3, D., *de in diem addictione*, 18, 2. - Fr. 16, § 1. Fr. 26, § 1, D., *de pign.*, 20, 1. - Fr. 5, § 2, D., *in quib. causis pignus tacite contrah.*, 20, 2. - L. 2. 4. 6, C., *si alieno res pign. data sit*, 8, 16.

[26] Fr. 26, § 7, D., *de pignor.*, 20, 1. Cf. Fr. 1, pr. D., *eodem*. - Fr. 3, § 1, D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. — L'hypothèque commence au moment où la chose entre dans le domaine du constituant. Fr. 7, § 1, D., *eodem*. *Voy.* ci-après § 242, note 8.

[27] Fr. 41, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. « Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus esse ejus rei cœpisti; datur utilis actio pignoratitia creditori... » - L. 5, C., *si alieno res*, 8. « Cum res, quæ necdum in bonis creditoris est, pignori data ab eo postea in bonis ejus esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiæ detur. » - Arg. Fr. 1, pr. D., *de pign.* 20, 1. « ... In speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quæsito, *difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur*; sed facilior erit possidenti retentio. » — Quid, si le véritable propriétaire devient par la suite héritier de celui qui avait hypothéqué la chose? l'hypothèque sera-t-elle valable ? Non, d'après Paul, Fr. 41. *verb.* Non est idem D., *de pignorat. act.* 13, 7. Oui, d'après Modestin, Fr. 22, D., *de pignor.* 20, 1. La dernière opinion, comme étant plus conforme à l'équité, doit être préférée, d'autant plus, que le principe sur lequel elle repose est formellement reconnu dans l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Fr. 1, § 1, D., *de except. rei vend.* 21, 3. — Il va sans dire, au reste, que les hypothèques validées d'après ces règles seront toujours primées par celles que le véritable propriétaire a pu consentir.

[28] Fr. 18. 21. § 1. D., *de pignoribus*, 20, 1. - Fr. 14. D., *qui potiores*, 20, 4. « Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est : quamvis, si a

Enfin il va sans dire que l'engagement de la chose du créancier, étant contraire à l'essence du droit même, est radicalement nul, et ne peut jamais devenir valable [29].

Le *pignus*, constituant un *jus in re*, ne peut à la rigueur être établi que sur une chose corporelle. Cependant comme le but pratique de ce droit est de donner au créancier une garantie efficace par la vente de la chose engagée, on l'a également appliqué aux choses incorporelles susceptibles d'être aliénées moyennant un prix d'argent. Ainsi le copropriétaire peut engager son droit indivis [30]; l'emphytéote et le superficiaire peuvent hypothéquer leurs droits réels [31]; l'usufruitier peut engager l'exercice de son usufruit [32]. Les servitudes prédiales ne peuvent à la vérité être engagées sans le fonds dominant; mais nous pouvons accorder à un créancier le droit de constituer en notre nom, à prix d'argent, une servitude rurale sur notre fonds, de manière que le prix qu'il en obtient lui serve de garantie pour sa créance [33]. Pareille constitution est également admise pour les servitudes personnelles, mais non pas à l'égard des servitudes prédiales urbaines [34]. — Nous pouvons même engager ou hypothéquer un droit de *pignus* qui nous compète, *pignus pignori datum*, ce qui donne à notre créancier le droit de faire valoir le *pignus* en notre nom [35].

On est allé plus loin en appliquant l'hypothèque à une classe de droits qui exclut toute idée de droit réel: on a admis l'engagement d'une obligation, *pignus nominis*. La constitution de gage ou d'hypothèque sur une obligation donne le droit de vendre la créance et de se faire payer sur le prix de vente, ou bien d'exiger l'exécution de l'obligation à la place du

diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. » *Voy.* ci-dessus § 208, note 8.

[29] Fr. 29, D., *de pignorat. act.* 13, 7. - Fr. 30, in f. D., *de except. rei judicatæ*, 44, 2. - Fr. 45, pr. D., *de reg. jur.*, 50, 17. « Neque pignus, neque depositum, neque precarium neque emtio, neque locatio rei suæ consistere potest. »

[30] Fr. 7, § 4, D., *quib. mod. pign. solv.*, 20, 6. - Fr. 6, § 8. 9, D., *comm. divid.*, 10, 3. - L. 2, C., *eodem*, 3, 37. - L. un. C., *si communis res pignori data sit*, 8, 21.

[31] Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 13, § 3. Fr. 31, D., *de pign.*, 20, 1. - Fr. 15, D., *qui potiores in pign.*, 20, 4.

[32] Fr. 11, § 2. Fr. 15, pr. D., *de pignoribus*, 201. Cf. Fr. 8, pr. D., *quibus modis pignus solvitur*, 20, 6.

[33] C'est là le sens des dispositions suivantes qui dérogent, il faut bien le reconnaître, quelque peu aux principes généraux en matière de servitudes. - Fr. 11, § 3, D., *de pignoribus*, 20, 1. « ... Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt. Ideo nec convenire possunt, ut hypothecæ sint. » - Fr. 12, D., *eod.* « Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait: ut talis pactio fiat, *ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur*, scilicet si vicinum fundum habeat; et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. »

[34] Fr. 11. § 2, 3. D., *de pignoribus*, 20, 1. Cf. Fr. 8, pr. D., *quibus modis pignus solvitur*, 20, 6.

[35] Voir ci-après § 251.

créancier originaire et de garder comme gage la chose qui faisait l'objet de l'obligation [36].

De ce qui précède, il résulte que le droit de *pignus* peut être établi sur presque tous les droits qui font partie de notre patrimoine. Dès lors rien ne s'oppose à ce qu'on engage un ensemble de choses ou de droits, même un patrimoine entier. L'hypothèque qui frappe un patrimoine entier s'appelle hypothèque générale, en opposition à toute autre, appelée hypothèque spéciale, qu'elle comprenne une chose particulière ou plusieurs choses ou même une universalité autre qu'un patrimoine entier [37]. L'hypothèque générale frappe tous les biens du débiteur, les biens présents et les biens à venir [38], excepté ceux qu'il n'est pas vraisemblable que le débiteur eût hypothéqués spécialement, par exemple les objets nécessaires à la vie, les habillements, etc. [39]. Les choses dont le débiteur est propriétaire au moment de la constitution de l'hypothèque restent donc toujours grevées, quand même elles passeraient en d'autres mains, car l'hypothèque est un droit inhérent à la chose [40]. Les choses qui entrent par la suite dans le patrimoine, y compris les valeurs que peut produire la vente ou l'échange des biens présents, sont frappées de l'hypothèque au moment de leur entrée [41].

Les mêmes règles doivent être appliquées aux autres *universitates rerum*. En effet, si j'ai constitué un droit d'hypothèque sur mon troupeau, il est évident que toutes les têtes qui composent le troupeau sont frappées d'hypothèque et qu'elles le resteront en quelques mains qu'elles passent. De plus, la loi déclare expressément que les têtes nouvelles qui remplacent des

[36] L'effet de l'engagement d'une créance est décrit dans les passages suivants. Fr. 18, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 13, § 2. Fr. 20, D., *de pign.*, 20, 1. - L. 4, C., *quæ res pign.*, 8, 17. — Les Fr. 15, § 8, 10. D., *de re judic.*, 42, 1, et L. 7, C., *de heredit. vel act. vend.*, 4, 39, traitent de la saisie d'une créance, faite en exécution d'un jugement.

[37] C'est du moins dans ce sens que nous devons employer ces termes, si nous voulons leur donner une valeur technique. L. 9, C., *quæ res pignori*, 8, 17. Dans nos sources nous trouvons, pour désigner une hypothèque générale, les termes suivants : *Omnia bona quæ habet quæque habiturus est, obligare; universa bona generaliter pignori accipere*, etc. — Voyez M. Schilling, *Lehrbuch*, tome II, § 207, note *d*. (§ 4, note 4, de la traduction de M. Pellat.)

[38] Originairement on avait l'habitude de convenir expressément que les biens futurs seraient frappés de l'hypothèque. Paul, V, 6, 16. - Fr. 15, § 1. Fr. 34, § 2, D., *de pign.* 20, 1. - Fr. 21, D., *qui potioris. in pign.* 20, 4. Mais Justinien déclare dans la L. 9, C., *quæ res pign.*, 8, 17, que la mention des biens à venir est complétement inutile.

[39] Paul. V, 6, 16. - Fr. 6, 9. D. *de pign.*, 20, 1. - Fr., 1. C., *quæ res pign.*, 8, 17.

[40] Fr. 15, § 1, D., *de pign.*, 20, 1.-Fr. 1, D., *de distract* 20 *pign.*, 20, 5.-Fr. 47. pr. D., *de jure fisci*, 46, 14.-L. 8, in f. C., *de secund. nupt.*, 5, 9.-L. 2, C., *de pign.*, 8, 14.-L. 17, C., *de distract. pign.* 8, 28.- L. 6, C., *de privil. fisci*, 7, 75.— Exception en faveur de l'affranchissement d'un esclave fait sans intention frauduleuse. Fr. 29, pr. D., *qui et a quib. manumissi*, 40, 9. - L. 2. 3, C., *de servo pign. dato*, 7 - 8. — Une disposition tout à fait particulière se trouve L. 11, in f. C., *de remiss. pign.*, 8, 26.

[41] Fr. 1, pr. D., *de pignoribus*, 20, 1.

animaux morts seront également soumises à l'engagement [42]. Il n'y a qu'une exception à cette règle en faveur des *universitates* qui supposent nécessairement des opérations continuelles d'achat et de vente, par exemple un magasin. Les objets qui sortent du magasin deviennent libres, ceux qui y entrent sont soumis à l'hypothèque ; en d'autres termes, l'objet de l'hypothèque est l'*universitas* telle qu'elle se trouve au moment où le créancier veut poursuivre son droit [43]. C'est à tort que quelques auteurs étendent cette règle à toutes les *universitates* [44].

COMMENT LE DROIT DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE S'ÉTABLIT.

§ 242. *Par convention et par disposition de dernière volonté.*

On peut assurer à un créancier le payement de sa créance en lui léguant un droit de gage ou d'hypothèque sur une chose quelconque ou sur toute la succession [1].

De même, on peut par convention constituer un *pignus* sur sa chose pour assurer le payement de sa dette ou de la dette d'un autre. A cet effet, la simple convention suffit, la tradition de la chose hypothéquée n'est point nécessaire [2]. Si le débiteur met le créancier en possession de la chose, il établit un droit de gage, *pignus* proprement dit [3]. La tradition ne donne au

[42] Fr. 13, pr. D., *de pign.*, 20, 1. « Grege pignori obligato, quæ postea nascuntur tenentur. Sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. » Toutefois cette règle ne s'applique qu'aux *universitates* composées d'objets homogènes. Arg. Fr. 26, § 2, D., *de pign.*, 20, 1.

[43] Fr. 34, pr. D., *de pign.*, 20, 1. « Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quæsitum est utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur? Et si eas merces tempore distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quæ ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatæ sint, et res aliæ illatæ? Respondit : ea quæ mortis tempore in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. » Le Fr. 9, D., *in quib. causis pign.* 20, 2, n'offre aucune analogie avec le cas précédent. L'affranchissement dont il est question dans ce passage doit être considéré comme étant fait en fraude du créancier. *Voy.* ci-dessus note 40 vers la fin.

[44] Voir ci-dessus § 117 vers la fin.

[1] ULPIEN, Fr. 26, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit. » - L. 1, *verb.* Cum enim C., *communia de legatis et fideicommissis*, 6, 43.

[2] § 7, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 1, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 4, D., *de pignoribus*, 20, 1. — Le consentement peut même, comme dans toute autre convention, être donné tacitement. Fr. 20, D., *de pignor.*, 20, 1. - L. 2, 9. C. *quæ res pignori*, 8, 17. C'est à cet ordre d'idées que se rapporte également la L. 5, C., *de locato et conducto*, 4, 65.

[3] Remarquons ici que la constitution du gage peut se faire par *traditio brevi manu*, ou au moyen du constitut possessoire. *Voy.* ci-dessus § 192, B.

créancier qu'une plus grande sûreté de fait; car, en droit, le créancier gagiste n'a point de préférence sur le créancier hypothécaire [4].

Pour établir un droit de gage ou d'hypothèque, il faut naturellement la réunion des deux conditions exposées au paragraphe précédent. L'existence de ces deux éléments, jointe à l'acte de constitution, détermine l'époque à laquelle le droit commence à exister. Ainsi un droit de *pignus* convenu pour une dette actuelle prend naissance au moment de la convention conclue, pourvu que la chose soit propre à être grevée d'hypothèque [5]. Il en est de même de l'hypothèque consentie pour une dette à terme, puisque le terme ne suspend pas l'existence du droit d'obligation [6]. Si la dette est conditionnelle, le droit d'hypothèque n'aura d'existence que pour autant que la condition s'accomplisse; mais en cas d'accomplissement de la condition, il rétroagira au moment de la convention, conformément à ce qui a été dit ci-dessus, § 241, n° 1. Si les parties ont fait dépendre l'existence de l'hypothèque même d'une condition, il est évident que le créancier n'a point d'action en vertu de cette éventualité de droit; mais il peut, le cas échéant, exiger caution pour garantir son droit éventuel [7], et la condition accomplie rétroagira en sa faveur, comme dans le cas où l'hypothèque est constituée pour sûreté d'une créance conditionnelle [8]. L'hypothèque qui, d'après l'intention des parties, ne doit exister qu'à partir d'un moment convenu ne prendra naturellement naissance qu'à l'avénement du terme [9].

[4] *Voy.* ci-dessus § 240, note 15, et ci-après § 248, note 36.

[5] Fr. 1, pr. Fr. 11, pr. D., *qui potiores in pign.*, 20, 4.— Même dans le *pignus* proprement dit, le *jus in re* commence au moment de la convention, bien que la tradition de la chose n'ait pas encore eu lieu. Fr. 12, § 10, D., *qui potior. in pign.*, 20, 4. « Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse : nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem. » — C'est dans ce sens qu'il faut entendre le Fr. 1, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7.

[6] Fr. 12, § 2, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4.

[7] Fr. 13, § 5, D., *de pignoribus*, 20, 1. « ... Sed si præsens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est; ideoque arbitrio judicis cautiones interponendæ sunt : *si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur*, restitui hypothecam si in rerum natura sit. » *Voy.* aussi ci-après t. II, § 288, I, A.

[8] Cela résulte des principes généraux, appliqués dans les textes que nous avons cités ci-dessus § 241, note 21. Le Fr. 7, § 1, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4, n'est pas contraire; car la clause « si in dominium meum pervenerit » est une condition intrinsèque du droit d'hypothèque et non pas une condition introduite par la volonté des parties. *Voy.* ci-dessus § 241, note 26.

[9] Arg. Fr. 45, § 1, D., *de verborum oblig.*, 45, 1. - *Voy.* aussi ci-après t. II, § 288, I, B.

§ 243. *Par l'autorité judiciaire* †.

Nous avons à distinguer deux cas :

A) Le *pignus prætorium*. Le préteur, afin de contraindre le débiteur récalcitrant à l'exécution de ses obligations, pouvait envoyer le créancier en possession, soit d'une chose déterminée, soit de tous les biens du débiteur (§ 154). Pareil envoi, *missio in possessionem*, donnait à celui qui l'avait obtenu un droit de gage [10]. Il est douteux, pour l'ancien droit, s'il en résultait une *in rem actio*. Justinien s'est décidé pour l'affirmative [11]. Au reste, le droit de gage ne commence qu'à partir de la prise de possession [12]. — Depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*, le pouvoir d'envoyer en possession est accordé à tous les juges [13].

B) Le *pignus judiciale* *, espèce de saisie-exécution. La loi des XII Tables avait, pour certains cas, introduit une *legis actio*, appelée *pignoris capio*, dont le but était d'obtenir le payement d'une dette par la saisie des effets du débiteur (§ 130, n° 5). Cette *legis actio*, qui se faisait extrajudiciairement, finit par tomber en désuétude; mais nous trouvons la saisie employée comme un moyen de contrainte par les magistrats de la république et des premiers temps de l'empire [14]. Enfin Antonin le Pieux permit d'une manière générale d'exécuter les jugements au moyen de la saisie des effets mobiliers et même des immeubles du défendeur condamné [15]. Le

† Tit. C. *de prætorio pignore et ut in actionibus debitorum missio prætorii pignoris præcedat*, 8, 22. - Tit. C. *si in causa judicati pignus captum sit.*, 8, 23.

[10] Fr. 26, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 3, § 1, D., *de reb. cor. qui sub tutela*, 27, 9. - Fr. 12, D., *pro emtore* 41, 4. - L. 3. 5. C. *ut in possessionem legatorum servand. causa mittatur*, 6, 54. - Tit. C., *de prætorio pignore*, 8, 22.

[11] L. 2, C., *de prætorio pignore*, 8, 22.

[12] Fr. 26, § 1, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. « Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. » — Il est cependant à remarquer que dans les gages prétoriens la priorité ne donne pas *toujours* un droit de préférence. Fr. 5, § 3, D., *ut in possess. legat.*, 36, 4. « Qui prior missus est legatarius in possessionem, non præfertur ei qui postea mittitur; inter legatarios enim nullum ordinem observamus, sed simul omnes æqualiter tuemur. »

[13] L. 1. 2, C., *de præt. pign.*, 8, 22. « Quicunque judices... Quod a judicibus datur et prætorium nuncupatur. » Ces deux constitutions sont de Justinien.

[14] Cicéron, *Philipp.*, I, 5; *de orat.*, III, 1. - Tite-Live, III, 38. - Tacite, *Ann.* XIII, 28. - § 3, I., *de satisdat. tut.*, 1, 24. - Fr. 1, § 3, D., *de inspic. ventre*, 25, 4. - Fr. 9, § ult. D., *ad legem Jul. peculat.*, 48, 13. - M. Schilling, *Lehrbuch*, § 211, note *f*. (§ 8, note 6 de la traduction de M. Pellat).

[15] Fr. 15, pr. D., *de re judic.*, 42, 1. « A Divo Pio rescriptum est, magistratus populi Romani ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequantur hi, qui eos dederunt... » Fr. 31, D., *eodem*. « Cassio proconsuli Divus Pius in hæc verba rescripsit : His, qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur : eorum, qui intra diem vel ab initio

droit de gage qui résulte de pareille saisie, *pignus ex causa judicati captum*, commence à partir du moment où la saisie a été effectuée [16]. Les lois contiennent des dispositions particulières sur la marche à suivre tant dans la saisie que dans la vente des objets saisis [17].

§ 244. *Par disposition légale. Hypothèques tacites ou légales* †.

Dans certains cas la loi accorde une hypothèque au créancier, sans qu'il ait besoin de se la faire consentir. Les Romains disent alors qu'elle s'établit tacitement, *tacite contrahitur* [18]. Les modernes désignent ces cas par le nom d'hypothèque légale. Le droit prend naissance au moment où les conditions requises et les relations auxquelles la loi attache l'hypothèque se trouvent réunies [19].

L'hypothèque légale peut frapper soit une ou plusieurs choses déterminées, soit tout le patrimoine du débiteur. Ce n'est que depuis Sévère et Caracalla que nous trouvons des hypothèques tacites générales.

A. Hypothèques spéciales. 1° La loi accorde une hypothèque au bailleur d'un *prædium rusticum* sur les fruits de l'immeuble [20], et au bailleur d'un *prædium urbanum* sur les choses que le locataire a apportées pour s'en servir d'après le but de la location, *invecta et illata* [21]. Ces hypo-

datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi : eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cujus pignora vendita erunt. »

[16] Fr. 10, D., *qui potiores in pign.*, 20, 4, - Fr. 58. 61, D., *de re judic.*, 42, 1.-Fr. 26, § 1, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - L. 1, C., *si in causa judicati*, 8, 23. - Cf. L. 2, C., *qui potiores*, 8, 18.

[17] Les textes principaux sont : Fr. 15, D., *de re judic.*, 42, 1. - Tit. C., *si in causa judicati pignus captum sit*, 8, 23. - L. 7. 8. C., *quæ res pignori*, 8, 17. - *Voy.* aussi Fr. 9, pr. D., *de minor.*, 4, 4. - Fr. 49, D., *familiæ ercisc.*, 10, 2. - Fr. 50, D., *de evict.*, 21, 2. - Fr. 51. 58, D., *de except. rei jud.*, 42, 1. - L. 10, C., *de bonis auctoritate judicis possidendis*, et en général le Tit. C., *de executione rei judicatæ*, 7, 53.

† Tit. D., *in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*, 20, 2. - Tit. C., *eodem*, 8, 15. — Il y a dans cette matière plusieurs controverses qui ne manquent pas d'une certaine importance pratique, mais dont l'examen n'offre guère d'utilité pour la théorie du droit romain. On peut consulter à cet égard Voet, *Comment. ad Pand.*, L. XX, tit. 2. — Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 308-312. - Schilling, *Lehrbuch*, § 212-213. (§ 9. 10 de la traduction de M. Pellat).

[18] Les jurisconsultes et les empereurs donnent comme motif de ces hypothèques tacites l'intention présumée des parties contractantes. Fr. 3. 4, pr. Fr. 6. 7. pr. D., *h. t.* 20, 2. - L. 3. 7. C., *eodem*, 8, 15. — Pourtant il serait dangereux de tirer des conséquences pratiques de cette fiction.

[19] Arg. Fr. 1, pr. D., *qui pot. in pign.*, 20, 4. - L. 6, inf. C., *de bonis quæ liberis*, 6, 61.

[20] Fr. 7, pr. D., *h. t.*-Fr. 24, § 1. Fr. 53, D., *locati*, 19, 2.-La L. 5. C., *de locato et conducto*, 41, 65, mentionne les *invecta et illata*, mais il s'y agit d'une hypothèque conventionnelle. *Voy.* ci-dessus § 242, note 2.

[21] Fr. 4, pr. D., *de pactis*, 2, 14. - Fr. 11, § 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7. - Fr. 32, D.

thèques sont données pour sûreté des obligations qui résultent du louage [22]. Elles commencent, pour les fruits, au jour où le fermier les a perçus, et pour les meubles du *prædium urbanum*, au moment où ils ont été introduits dans la maison [23]. — 2° Celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison a un droit d'hypothèque pour cet argent sur la maison, et même sur l'emplacement où la maison est bâtie, *pignus insulæ* [24]. — 3° Les pupilles ont une hypothèque tacite sur les choses achetées de leur argent par le tuteur ou par un tiers non autorisé [25]. — 4° Les légataires et fidéicommissaires ont un droit d'hypothèque sur la part de la succession qui revient à celui qui est chargé d'acquitter le legs ou le fidéicommis [26].

B. **Hypothèques générales.** La loi accorde une hypothèque générale : 1° Au fisc, au prince et à son épouse, pour toutes les dettes contractées envers eux, excepté pour celles résultant d'un délit [27]. — 2° Aux pupilles et mineurs sur tous les biens de leurs tuteurs ou curateurs pour la gestion de la tutelle ou de la curatelle. Cette hypothèque prend naissance au moment où l'administration de ces derniers a commencé ou aurait dû commencer [28]. Justinien a étendu ce bénéfice aux furieux qui se trouvent sous curatelle [29]. — 3° A la femme orthodoxe pour la restitution de la dot, sur tous les biens du mari, y compris les choses dotales mêmes, ou sur les biens du beau-père quand c'est lui qui est obligé de restituer la

de pignoribus, 20, 1. - Fr. 2, 3, 4, 6, 7. D., *h. t.* 20, 2. - Cf. Fr. 34, D., *de damno infecto*, 39, 2. - Fr. 1, § 5, D., *de migrando*, 43, 32. - Le Fr. 9, D., *h. t.* contient une disposition tout à fait exceptionnelle *in favorem libertatis*.

[22] Fr. 2, D., *h. t.*

[23] Arg. Fr. 11, § 2, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4. - L. 5, C., *h. t.* — Sur la signification des termes : *prædia urbana* et *prædia rustica*, *Voy.* Fr. 4, § 1, D., *h. t.* - Fr. 14, § 3, D., *de alimentis legatis*, 34, 1. - Fr. 211, D., *de verb. signif.*, 50, 16. Cf. Fr. 19, 8. D., *eodem*. et Fr. 91, § 5. D., *de leg. III* (32).

[24] Fr. 1, D., *h. t.* « Senatusconsulto quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii restruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori, domino mandante, nummos ministravit. » - Fr. 21, D., *de pignorat. act.*, 13, 7.

[25] Fr. 5, 6, 7. pr. D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. - Fr. 3, pr. D., *de rebus eor. qui sub tut.*, 27, 9. - L. 6, C., *de servo pign. dato.*, 7, 8. *Voy.* aussi ci-dessus § 204, note 34.

[26] L. 1. C., *communia de legatis*, 6, 43. - *Nov.* 108, c. 2. *Voy.* au reste ci-après, t. III, §§ 495. 502.

[27] Fr. 6, § 1, Fr. 46, § 3, Fr. 47, pr. D., *de jure fisci*, 49, 14. - Fr. 5, § 2, D., *de censibus*, 50, 15. - L. 1, C., *si propt. publ. pensit.* 4, 46. (Antoninus Caracalla). - L. 1. 2, C., *h. t.* - L. 2. 3. C., *de privileg. fisci*. 7, 73. - L. 2, C., *de servo pign. dato*, 7, 8. — Fr. 10, pr. D., *de pactis*, 2, 14. « Fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecam non habet... » - Fr. 17, D., *de jure fisci*, 49. 14. « In summa sciendum est, omnem fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi. » — Ajoutez Fr. 37, D., *eodem* et L., un. C., *pœnis fiscalibus creditores præferri*, 10, 7.

[28] Cette hypothèque légale remonte peut-être jusqu'à Septime Sévère (Arg. L. un. C., *rem alienam gerentibus*, 4, 53) ; tout au moins jusqu'à Constantin, L. 20, C., *de administr. tutor.*, 5, 37. — *Voy.* au reste ci-après, t. III, § 428 vers la fin.

[29] L. 7, § 5. 6. C., *de curatore furiosi*, 5, 70.

dot [30]. Elle a également une hypothèque générale pour la sûreté des choses non dotales, si elle en a confié l'administration au mari [31], ainsi que pour l'exécution de la *donatio propter nuptias* [32]. Ce droit, en ce qui concerne la restitution de la dot, commence au jour de la célébration du mariage, ou au moment où la dot a été constituée, si elle ne l'a pas été avant le mariage [33]. Il compète non-seulement à la femme, mais aussi à ses héritiers [34]. — 4° Au mari, pour obtenir la dot qui doit lui être fournie, sur tous les biens de celui qui est obligé de la fournir [35]. — 5° Aux enfants sur les biens de leur père ou de leur mère, pour garantie des droits qui leur reviennent du chef du mariage de leurs parents sur les gains nuptiaux *lucra nuptialia* [36]; ainsi que sur le patrimoine du père, pour la sûreté des biens qui leur sont venus de leur mère ou de leurs ascendants maternels, si le père en a l'administration [37]. — 6° A l'église sur les biens de l'emphytéote pour les détériorations du fonds emphytéotique [38]. — 7° Enfin si un époux a laissé un legs au conjoint survivant sous condition de ne pas se remarier, l'héritier a une hypothèque légale sur les biens du survivant pour assurer la restitution des choses léguées, au cas que celui-ci se remarierait [39].

EFFETS DU DROIT DE GAGE OU D'HYPOTHÈQUE.

§ 245. *Observations générales.*

Le droit de gage ou d'hypothéque est un *jus in re*, affectant la chose sur laquelle il est établi, ainsi que les accessions de la chose [40]. Il est essentiellement accessoire et suppose nécessairement une créance pour la sûreté de laquelle il est constitué, et à laquelle il est inhérent de manière à la suivre en quelques mains qu'elle passe. Il s'ensuit que l'hypothéque ne peut être

[30] § 29, I., *de action.* 4, 6. - L. 30, C., *de jure dotium*, 5, 12. - L. un. § 1, C., *de rei uxor. act.* 5, 13. *Voy.* ci-après, t. III, § 393 vers la fin.

[31] L. 11, C., *de pactis conventis*, 5, 14.

[32] L. 29, C., *de jure dotium*, 5, 12. - L. 12, § 2, C., *qui potiores in pignore*, 8, 18. - *Nov.* 109, c. 1.

[33] Arg. Fr. 1, pr. D., *qui potiores in pignore*, 20, 4.

[34] Même à toute personne qui peut demander la restitution de la dot en vertu d'une disposition légale, et particulièrement au père de la femme. L. un. § 1, 13, C., *de rei uxoriæ act.*, 5, 13.

[35] L. un. § 1, C., *de rei uxor. act.* 5,13.

[36] L. 6, §. 2. L. 8, § 4, C., *de secundis nuptiis*, 5, 9. — *Voy.* ci-après t. III, §§ 402.

[37] L. 8, § 5, C., *de secundis nuptiis*, 5, 9. - L. 6, § 4, C., *de bonis quæ liberis*, 6. 61, *Voy.* ci-après t. III. § 413, C., 4.

[38] *Nov.* 7, c. 3, § 2.

[39] *Nov.* 22, c. 44, § 2. 3. 8. 9.

[40] Fr. 18, § 1, Fr. 21, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 16, pr. D., *de pignoribus*, 20, 1. Pour les fruits. *Voy.* ci-après § 246, notes 10, 11, et § 252, note 13.

cédée séparément; mais le transfert de la créance hypothécaire implique virtuellement cession de l'hypothèque [2]. — Pour faire valoir son droit, le titulaire a une *in rem actio* au moyen de laquelle il peut se mettre en possession de la chose hypothéquée ou engagée, afin de la faire vendre et de se faire payer sur le prix. Cette vente amène la perte du droit de propriété qui compétait au débiteur [3] : mais tant qu'elle n'a pas eu lieu, celui-ci conserve sa propriété, bien qu'elle soit restreinte sous quelques rapports.

Cependant l'exercice du droit d'hypothèque ne se présente pas toujours d'une manière aussi simple. Il peut se faire qu'une chose soit grevée de plusieurs hypothèques à la fois; ce concours donnera éventuellement lieu à un conflit qui nécessite des règles positives, d'après lesquelles les divers créanciers doivent faire valoir leurs droits. Nous aurons donc à examiner : 1° quels sont les droits que le débiteur conserve sur la chose hypothéquée (§ 246); 2° quels sont en général les droits que la constitution d'hypothèque confère au créancier (§ 247); 3° d'après quelles règles plusieurs créanciers hypothécaires exercent leurs droits respectifs (§ 248-251).

§ 246. *Droits du débiteur.*

Le maître de la chose hypothéquée ou engagée en conserve la propriété, tant que le créancier n'a pas procédé à la vente [4]. Comme propriétaire, il peut donc posséder la chose, en disposer comme bon lui semble, la vendre, en jouir, en tirer les fruits, la grever de servitudes ou d'autres hypothèques, etc. [5]. Toutefois ces manifestations du droit de propriété sont limitées ou même entièrement suspendues dans certains cas, notamment 1° dans le gage proprement dit; la possession est accordée au créancier, qui dès lors peut seul intenter les interdits possessoires [6]. Cependant, si celui qui a

[2] Fr. 6, D., *de hereditate vel actione vendita*, 18, 4. - L. 8, C., *eodem*, 4, 39. - L. 6. 7. C., *de obl. et act.*, 4, 10. - L. 11. 14. C., *de fidejussoribus*, 8, 41. - *Voy.* ci-après § 250, et t. II, §§ 272, sq. 292.

[3] Suivant l'exemple des Romains, et conformément à l'usage général, nous employons le mot *débiteur*, bien qu'il ne soit guère exact, puisqu'on peut constituer un droit d'hypothèque sur sa chose pour la dette d'un autre, et que dans tous les cas la chose hypothéquée peut être postérieurement acquise par des tiers qui ne sont aucunement débiteurs de l'obligation hypothécaire.

[4] Fr. 35, § 1, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 12, pr. D., *de distract. pignorum*, 20, 5. - L. 9, C., *de pignorat. act.*, 4, 24.

[5] Fr. 40, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7.— Fr. 7, § 2, D., *de distract. pignorum*, 20, 5. - § 5, I., *de legat.* 2, 20. — Fr. 67, D., *de leg. I* (30) - L. 6, C., *de fideicomm.*, 6, 42.— L. 1, 3. C., *de pignorat. act.*, 4, 24. — Fr. 205, D., *de regulis juris*, 50, 17. — Mais *Voy.* Fr. 16, § 4, Fr. 29, § 1, D., *de pignoribus*, 20, 1.

[6] *Voy.* ci-dessus § 167.

constitué le *pignus* avait la possession de bonne foi de la chose engagée, il continue l'usucapion et peut l'accomplir [7]. 2° Le débiteur peut renoncer au droit d'aliéner la chose [8]. Quand une chose mobilière est spécialement hypothéquée ou engagée, il lui est même défendu de l'aliéner, sous peine d'être considéré comme voleur [9]. 3° Enfin le débiteur peut accorder au créancier gagiste le droit de jouir de la chose et d'en tirer les fruits. Cette convention, qu'on appelle antichrèse, ἀντίχρησις, est permise, pourvu qu'elle ne cache point un prêt usuraire [10]. L'antichrèse a même lieu de plein droit lorsqu'une chose qui porte des fruits est donnée en gage pour la sûreté d'un capital qui ne porte pas intérêt. Dans ce cas, le créancier a le droit de prendre les fruits jusqu'à concurrence du taux de l'intérêt légal, sauf à déduire l'excédant du capital ou à le rendre au débiteur [11].

§ 247. *Droits du créancier. — En général.*

Le droit du créancier se compose nécessairement de deux éléments. D'abord le but final de son droit est de faire vendre la chose engagée ou hypothéquée, au cas que le débiteur ne paye pas la dette assurée; puis, comme moyen de réaliser ce but, il a le droit de se mettre en possession de la chose. A cet effet, il lui est donné une action réelle dont nous examinerons la nature ci-après au § 252. — Une disposition spéciale accorde même au créancier le droit de retenir, après l'extinction de la créance assurée, la chose engagée ou hypothéquée, s'il est en outre créancier d'une autre

[7] Fr. 16, D., *de usurp. et usucap.*, 41, 3. « ... Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet ; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet, adeo ut addici possit et possessio ejus qui pignori dedit. » - Fr. 33, § 4. D., *eodem.* « Qui pignori rem dat usucapit, quamdiu res apud creditorem est ; si creditor ejus possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio. Et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit vel commodavit ; quos palam est, desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo qui commodatum vel depositum accepit. »

[8] Fr. 7, § 2. D., *de distractione pignorum*, 20, 5.

[9] § 10, I., *de oblig. ex delicto*, 4, 1. - Fr. 22, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 19, § 6. Fr. 66 (68). pr. D., *de furtis*, 47, 2.-L. 6. C., *de usucap. pro emtore*, 7, 26. Cf. L. 4, C., *de servo pignori dato manumisso*, 7, 8. — L'aliénation même cependant est valable. Fr. 36, D., *de noxalibus actionibus*, 9, 4. Cf. L. 6. C., *de servo pignori dato manum*, 7, 8.

[10] Fr. 33, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 1, § 2. Fr. 11, § 1, D., *de pignoribus*, 20, 1. - Fr. 26, § 1. D., *de usuris*, 22, 1. - L. 14. 17. C., *eodem*, 4, 32.

[11] Fr. 8, D., *in quib. caus. pign.*, 20, 2. « Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere. » - L. 2, C., *de partu pign.*, 8, 25.-L. 3, C., *in quibus causis pignus tacite contrahitur*, 8, 15. - L. 1. 2. 3. 12. C., *de pignorat. act.* 4, 24. - L. 1, C., *de distract. pign.*, 8, 28. - *Voy.* aussi Fr. 5, § 21. D., *ut in possess. legat.*; 36, 4. - Fr. 23, pr. D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 33, § 1. Fr. 37, D., *de pignorat. act.*, 13, 7.

somme à laquelle le gage n'a pas été affecté [12]. Outre ces droits, résultant de la nature des choses ou des dispositions légales, les parties peuvent ajouter des conventions particulières. Nous en avons indiqué les plus importantes dans le paragraphe précédent, nous en examinerons d'autres ci-après.

Le droit de faire vendre la chose engagée ou hypothéquée est de l'essence du gage et de l'hypothèque [13]. Le créancier ne peut en être privé; et si les parties ont fait une convention qui lui en interdit l'exercice, elle ne sortira point ses effets [14]. Mais la vente de la chose constitue également, pour le débiteur, une garantie dont il ne peut être privé par aucune convention particulière. Déjà dans la *fiducia* et dans l'ancien *pignus*, le créancier ne pouvait pas en général garder pour lui la chose mancipée ou engagée; il était obligé de la vendre et de rendre compte de l'excédant du prix de vente [15]. Toutefois, les parties pouvaient convenir que le débiteur serait déchu du droit d'exiger la restitution, s'il ne payait pas dans un temps déterminé [16]. Pareille convention pénale était appelée *lex commissoria*, parce qu'elle menaçait le débiteur de la déchéance de son droit, *commissum* [17]. Une ordonnance de Constantin défendit sévèrement tout pacte qui permettrait au créancier de garder pour lui la chose engagée ou hypothéquée en cas de non-payement, pacte qu'on désigne encore dans le droit nouveau par le nom de *lex commissoria* [18]. La défense de Constantin est absolue : rien ne s'oppose cependant à ce que le débiteur permette au créancier d'acquérir en cas de non-paye-

[12] L. un. C., *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, 8, 27.—*Chirographaria pecunia* est toute créance non garantie par hypothèques, alors même qu'elle ne serait pas constatée par un titre écrit. Cf. ci-après t. II, § 381.

[13] Fr. 8, § 5, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 8, D., *de distract. pignorum*, 20, 5. - L. 6. 14, C., *eodem*, 8, 28. — Le *pignus prætorium*, cependant, ne donne pas toujours le droit de vente. Fr. 21, § 2, in f. D., *ex quib. causis majores*, 4, 6, etc. *Voy.* M. SCHILLING, *Lehrbuch*, § 215, note *a*. (§ 12, note 1 de la traduction de M. PELLAT.)

[14] PAUL, II, 13, 5. - Fr. 4, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Tit. C., *debitorem venditionem pignoris impedire non posse*, 8, 29. — Le droit de vente peut cependant être soumis à certaines modifications. L. 3, § 1, C., *de jure dominii impetrando*, 8, 34. - Fr. 5, D., *de pignorat. act.*, 13, 7 et ci-après note 24.

[15] PAUL, II, 13, 4. 5. — Voir ci-dessus § 239, et ci-après, t. II. § 324, B.

[16] CICÉRON, *ad famil.*, XIII, 56. - PAUL, II, 13. - Fr. 81, pr. D., *de contrah. emt.*, 18, 1.

[17] C'est ainsi qu'on dit : *pœnam committere, mulctam committere, stipulationem committere* « encourir une peine, une amende, une peine conventionnelle, etc. » Fr. 6, pr. D., *de condition. et demonstrat.*, 36, 1. - Fr. 14, § 1, D., *de novat.*, 46, 2. — Rubr. Tit. C., *de contrah. et committ. stipulat.*, 8, 38. *Voy.* ci-dessus § 202, note 77, et ci-après, t. II, § 331 n° 3, et § 340.

[18] L. 3, C., *de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda*, 8. 35. « Quoniam inter alias pactiones præcipue commissoriæ legis crescit asperitas, placet infirmare eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt. » *Voy.* ci-après § 324, A, et § 331, n° 3.

ment la chose engagée, en payant la valeur à estimer au moment de l'échéance de la dette [19].

La vente de la chose engagée ou hypothéquée ne peut avoir lieu avant l'échéance de la dette assurée [20]. Avant de procéder à la vente, le créancier doit sommer le débiteur ou obtenir un jugement contre lui, et lui dénoncer qu'il a l'intention de faire vendre [21]. Après cette notification, il doit attendre deux ans [22]. Passé ce délai, il peut vendre, comme il veut, de la main à la main ou publiquement [23]. Si cependant les parties étaient convenues *ne pignus distrahatur*, il est tenu de faire trois significations avant de procéder à la vente [24]. — Lorsqu'il ne se trouve pas d'acheteur convenable, le créancier peut, après une nouvelle sommation, s'adresser au prince et demander que la propriété de la chose engagée ou hypothéquée lui soit adjugée moyennant une juste estimation à faire en justice. Le débiteur conserve pendant deux ans la faculté de reprendre sa chose, en remboursant l'estimation payée par le créancier [25]. — Dans la vente, le créancier agit au nom du débiteur, et comme mandataire il est responsable de toute infidélité et mauvaise gestion [26]. En cette qualité, il

[19] Fr. 16, § 9, D., *de pignor.*, 20, 1. « Potest ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat rem, justo pretio *tunc* æstimandam : hoc enim casu videtur quodam modo conditionalis esse venditio, et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt. » Cf. L. 13, C., *de pignoribus*, 8, 14.

[20] Fr. 4, D., *de distract. pignorum*, 20, 5. - L. 5. 6. 7. 8. 14. 16. C., *eodem*, 8, 28. - Cf. Fr. 8, § 3, D., *de pignor. act.*, 13, 7, et ci-après note 29. Il suffit, au reste, qu'une partie de la dette, un seul payement soit exigible, et il n'est pas nécessaire que la dette soit liquide. Fr. 1, pr. D., *de litigiosis*, 44, 6. - L. 1, C., *eodem*, 8, 37. Cf. L. 5, C., *de distractione pignorum*, 8, 28.

[21] L. 4, C., *de distract. pign.*, 8, 28. — Dans l'ancien droit, il fallait même trois dénonciations. PAUL, II, 5, 1. - L. 10, C., *de pignor.*, 8, 14.

[22] L. 3, § 1, C., *de jure dominii impetrando*, 8, 34. Dans le gage judiciaire la vente peut se faire deux mois après la saisie. Fr. 32, D., *de re judicata*, 42, 1, ci-dessus § 243, note 17. — Après l'expiration de ces délais, le créancier est libre de choisir le moment qu'il veut. Fr. 6, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7.

[23] L. 4, 9. C., *de distract. pignorum*, 8, 28. Le créancier ne peut se rendre acquéreur ni par lui-même, ni par personnes interposées. Fr. 40, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - L. 10, C., *de distract. pign.*, 8, 28. *Voy.* cependant ci-dessus note 19 et Fr. 34, D., *de pignorat. act.*, 13, 7, ainsi que L. 2, C., *si in causa judicati*, 8, 23. — Les hypothèques du fisc et le *pignus judiciale* doivent être vendus par l'autorité publique. L. 16, C., *de rescind. vendit.* 4, 44. - Tit. C., *si in causa judicati*, 8, 23.

[24] Fr. 4, in f. Fr. 5, D., *de pignoratitia actione*, 13, 7.

[25] Tit. et surtout L. 3, C., *de jure dominii impetrando*, 8, 34. — Des dispositions particulières existent par rapport au *pignus ex causa judicati*. Fr. 15, § 3, D., *de re judicata*, 42, 1. - L. 2, C., *si in causa judicati*, 8, 23.

[26] L. 4, 7, 9. C., *de distract. pign.*, 8, 28. - Fr. 29, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. « ... Quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset : et ejus, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori. » *Voy.* aussi ci-après t. II, § 324, A. — Par dérogation aux principes, le debiteur peut même, en cas d'insolvabilité du vendeur, prendre son recours contre l'acheteur du chef des illégalités commises dans la vente du gage. L. 3, C., *de distract. pign.*, 8, 28. - Tit. C., *si vendito pignore agatur*, 8, 30.

transfère à l'acheteur la propriété de la chose vendue, ou au moins la possession propre à l'usucapion, si le débiteur n'en était pas propriétaire [27]. L'acheteur l'acquiert libre de toute hypothèque dont elle aurait pu être grevée postérieurement à celle en vertu de laquelle la vente se fait [28]. — Ces effets ont lieu toutes les fois que les formalités prescrites par la loi ont été observées, alors même que le créancier vendeur aurait agi de mauvaise foi. Cette circonstance ne peut donner lieu qu'à une action personnelle contre le coupable [29]. — Quant aux relations entre le créancier et le débiteur, la vente a pour effet d'éteindre le droit de gage ou d'hypothèque du premier et de faire perdre sa propriété au second. Le créancier se fait payer sur le prix : si l'argent qui en provient ne suffit pas pour éteindre la dette, le droit de *pignus* n'en est pas moins éteint ; mais l'obligation personnelle du débiteur continue de subsister [30]. S'il y a un excédant, le créancier vendeur doit en rendre compte au débiteur, à moins qu'il n'y ait encore d'autres créanciers hypothécaires ; car, dans ce cas, c'est à eux que l'excédant revient [31].

§ 248. *Concours de plusieurs créanciers.*

Jusqu'ici nous avons traité du gage et de l'hypothèque en général ; il nous reste à parler du cas où la même chose est frappée de plusieurs hypothèques différentes. D'après les principes généraux, il n'en résulterait

[27] Gaius II, 64, - § 1. I., *quibus alienare licet vel non*, 2, 8. - Fr. 29, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. - Fr. 4, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 13, D., *de distract. pign.*, 29, 5. - Fr. 46, D., *de acq. rer. dom.*, 41, 1. - L. 15, 18. C., *de distract. pign.*, 8, 28. - L. 2, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit*, 8, 20. — Si le débiteur n'était pas propriétaire, l'acquéreur est exposé au danger de l'éviction. Le créancier vendeur ne lui doit pas de garantie, mais il peut être contraint de lui céder ses actions contre le constituant. Fr. 1, § 16. D., *emti*, 19, 1. - Fr. 10, D., *de distract. pignor.*, 20, 5. - Fr. 38, D., *de evict.*, 21, 2. - L. 1. 2. C., *creditorem evictionem pignoris non debere*, 8, 46. *Voy.* aussi ci-après, t. II, §§ 295. 296.

[28] *Voy.* ci-après § 254, n° 7. — Le débiteur perd par la vente tout droit à la chose. L. 2, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit*, 8, 20. Le créancier peut cependant, en vendant, réserver au débiteur le droit de racheter la chose dans un temps donné, droit que ce dernier peut alors faire valoir au moyen d'une action utile. Fr. 13, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 7, § 1. D., *de distract. pign.*, 20, 5. Cf. Fr. 59, § 1. D., *mandati*, 17, 1. - Fr. 5, § 1. Fr. 6, D., *de distract. pign.*, 20, 5. ci-après t. II, § 289.

[29] L. 7, C., *de distract. pign.*, 8, 28. - Tit. C., *si vendito pignore agatur*, 8, 30. — En cas de fraude de la part de l'acheteur, la vente peut être résiliée, L. 1. 3. 4. C., *eodem*. — La vente faite avant l'échéance de la dette est nulle et ne produit point d'effet à l'égard du débiteur. L. 5. 8. C., *de distract. pign.*, 8, 28.

[30] Fr. 9, D., *de distract. pign.*, 20, 5. - Fr. 28, D., *de rebus creditis*, 12, 1. - L. 8, C., *si certum petatur*, 4, 2. - L. 10, C., *de obligat. et actionibus*, 4, 10. - L. 3. 9, C., *de distract. pign.*, 8, 28.

[31] Paul II, 13, 1. - Fr. 12, § 5. Fr. 20, D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. - Fr. 7, Fr. 24. § 2. Fr. 43, D., *de pignorat. act.*, 13, 7.

guère de difficultés, car il est évident que le droit absolu de la première hypothèque n'a pu être restreint ou modifié par des conventions postérieures, faites sans le concours du créancier ; mais l'institution des hypothèques générales, et surtout la création des hypothèques tacites, ont fait naître de nombreux conflits que les empereurs ont réglés par des dispositions arbitraires, qui n'ont pas laissé que d'exercer une influence funeste sur le système hypothécaire des Romains [32].

Toutes les fois qu'il se rencontre plusieurs hypothèques établies sur la même chose, il faut avant tout examiner si les différents créanciers ont des droits égaux, ou si les droits de l'un priment ceux des autres. Dans la dernière supposition, le créancier préféré exerce son droit dans toute son étendue : lui seul a le droit de faire vendre la chose hypothéquée ou engagée et de se faire payer sur le prix. Ce n'est que dans le cas où le prix excède la quotité de la créance préférée, que les créanciers postérieurs obtiennent payement dans l'ordre que la loi leur assigne. Au reste, la vente faite par le premier créancier a pour effet d'éteindre à la fois toutes les hypothèques dont la chose est grevée [33]. — S'il n'y a pas lieu d'accorder cette préférence à l'un d'entre eux, tous concourent ensemble.

Pour savoir s'il y a concours de droits égaux ou priorité d'un créancier, il faut distinguer : 1° En général les créanciers dont les droits d'hypothèque ont pris naissance à la même époque sont égaux [34] ; par conséquent, chacun d'entre eux a le droit de faire vendre la chose, et tous ensemble se partagent le prix de vente au prorata de leur créance [35] ; cependant si l'un d'eux se trouve avoir la juste possession de la chose, il est préféré, *melior est causa possidentis* [36]. 2° Si les hypothèques ont pris naissance à

[32] *Voy.* en général pour ce paragraphe et les deux paragraphes suiv. les Tit. D., *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt,* 20, 4, et Tit. C., *qui potiores in pignore habeantur,* 8, 18.

[33] L. 6. 7. C., *de oblig. et act.*, 4, 10. - L. 1, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit,* 8, 20.

[34] Sans qu'il y ait lieu de distinguer entre hypothèque spéciale et hypothèque générale, entre simple hypothèque et gage, etc., Fr. 2, 7. § 1. D., *qui potiores,* 20, 4. - L. 6, C., *eodem.* - Fr. 12, § 10. D., *eodem.* Cf. ci-après note 36 vers la fin.

[35] Fr. 20, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Si pluribus simul res pignori detur, æqualis omnium causa est. » - Fr. 16, § 8, D., *de pign.*, 20, 1. « Si duo pariter de hypotheca paciscuntur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debitæ, an pro partibus dimidiis quæritur : et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. » - Fr. 7, § 1, D., *qui potiores in pignore,* 20, 4. « Si tibi, *quæ habiturus sum,* obligaverim, et Titio specialiter fundum, *si in dominium meum pervenerit,* mox dominium ejus acquisiero : putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem in pignore... »

[36] Fr. 10, D., *de pignor.*, 20, 1. « Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatæ essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur ; inter ipsos autem si quæstio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem. Dabitur enim possidenti hæc exceptio, *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset...* » - Fr. 14, D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. « Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus

des époques différentes, c'est la plus ancienne qui l'emporte : *prior tempore, potior jure* [37]. Toutefois cette règle, fondée dans la nature des choses, est soumise aux exceptions suivantes [38] : *a*). Le créancier qui obtient l'envoi en possession des biens d'un débiteur récalcitrant ou insolvable n'est pas préféré aux autres créanciers qui obtiennent par la suite pareil envoi [39]. *b*). Pour empêcher qu'un débiteur ne frustrât frauduleusement des créanciers antérieurs de leur droit de préférence, en donnant une fausse date à une hypothèque postérieure, l'empereur Léon accorda au droit de gage constitué par acte public ou quasi-public une préférence absolue sur l'hypothèque consentie sans l'observation de ces formalités. Entre plusieurs hypothèques publiques, la plus ancienne l'emporte [40]. *c*). Le même motif qui a fait créer les hypothèques tacites a engagé les autocrates romains à accorder à certaines créances un droit de préférence, relativement à la poursuite du droit d'hypothèque qui y est attachée. Nous allons énumérer ces priviléges dans l'ordre chronologique.

§ 249. *Des hypothèques privilégiées* [41].

1° Le créancier dont l'argent a servi soit à acquérir la chose, soit à la conserver ou à l'améliorer, a un droit de préférence sur cette chose. Le

accipiamus, possessor melior sit. » — C'est dans ce cas que la position du créancier gagiste peut être préférable à celle des créanciers qui n'ont qu'un simple droit d'hypothèque, pourvu cependant qu'il soit *actuellement* en possession ; car ce n'est qu'à cette condition qu'il l'emporte.

[37] Fr. 2. 3, pr. Fr. 8. 11, pr. Fr. 12, pr. § 2, 10. Fr. 14, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4. - L. 2. 4. 6. 7. 8. 12, § 1. C., *eodem*, 8, 18. - *Nov.* 91, c. 1. — La même règle s'applique aux cas où le droit du créancier, sans être un véritable droit d'hypothèque, jouit pourtant d'une protection relative d'après les principes de l'action Publicienne et de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Mais, dans cette application, elle est naturellement soumise à quelques modifications qui ont déjà été exposées ci-dessus § 241, notes 27. 28.

[38] Nous faisons abstraction d'une exception, toute spéciale dictée, par des considérations d'équité, et qui est plutôt apparente que réelle. *Voy.* ci-après § 250, note 56, et § 254, note 6 vers la fin.

[39] Fr. 12, pr. D., *de rebus auctoritate judicis possidendis*, 42, 5. Cf. Fr. 5, § 2, D., *ut in possessionem legatorum servand.*, 36, 4 et ci-après t. II, § 381. — Dans les autres *missiones in possessionem*, la priorité l'emporte en thèse générale. L. 3, C., *ut in possess. legat.*, 6. 54. - L. 2, C., *qui potiores*, 8, 18. *Voy.* cependant ci-dessus § 243, note 12.

[40] L. 11, C., *qui potiores*, 8, 18. « ... Sin autem jus pignoris vel hypothecæ ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit : eum, qui instrumentis publice confectis nititur, præponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur : nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur : tunc enim quasi publice confecta accipiantur. » — Ce passage fait suffisamment connaître ce qu'il faut entendre par *instrumenta publice* et *quasi-publice confecta*.

[41] Pour les nombreuses controverses sur cette matière, qui, au reste, sont sans aucune valeur théorique, on peut consulter Voet, *Comment. ad Pandectas*, L. XX, tit. 4. — Muhlen-

motif qui a fait accorder ce privilége au créancier postérieur est indiqué par Ulpien, dans les termes suivants: *Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* [42]. Mais pour que cette faveur puisse être réclamée, il faut nécessairement *a*) que le créancier se soit fait constituer une hypothèque au moment du prêt, à moins que sa créance n'entraine de plein droit une hypothèque légale, *b*) que l'argent ait été employé dans l'intérêt de la chose, et que ce but ait été atteint, *in rem versum* [43].—2° Le fisc a une hypothèque privilégiée pour les impôts arriérés et pour les dettes des officiers payeurs, *primipili* [44]. L'hypothèque légale du fisc pour d'autres obligations est également privilégiée, mais elle ne prime que les créanciers qui ne sont pas antérieurs; les créanciers antérieurs l'emportent sur le fisc [45]. —3° L'hypothèque de la femme et de ses descendants, pour la restitution de sa dot, est également privilégiée. Les héritiers de la femme qui ne sont pas descendants ont bien une hypothèque légale, mais point de privilége [46].

Les personnes qui se trouvent dans une des relations privilégiées que nous venons d'indiquer peuvent faire valoir le droit d'hypothèque, nonobstant l'existence d'autres créanciers, même antérieurs en date; mais il peut se faire qu'entre les privilégiés mêmes il y ait conflit de droits. Les con-

nauen, *Doctr. Pandect.*, § 320. — M. Schilling, *Lehrbuch* § 221. (§ 18 de la traduction de M. Pellat).

[42] Fr. 5, § 1, D., *qui potiores*, 20, 4. - Fr. 5, D., *eodem*. « Interdum posterior potior est priori : utputa, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit : veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero. » — Fr. 6, pr. D., *eod*. « Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. » — Fr. 7, pr. Fr. 21, § 1, D., *eodem*. — C'est par le même motif qu'un privilége est accordé à celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition d'une chose, pourvu qu'il se soit fait consentir une hypothèque (L. 7, C., *qui potiores*, 8, 18. - L. 17, C., *de pign.*, 8, 14 - *Nov.* 97, c. 3. 4 - *Nov.* 136, c. 3.), et qu'il faut préférer le vendeur, qui se réserve un droit d'hypothèque sur la chose vendue pour sûreté du prix de vente dont il fait crédit, aux créanciers qui peuvent avoir une hypothèque générale antérieure et qui, sans cette préférence, seraient égaux. — Arg. Fr. 2, D. *de rebus eorum qui sub tutela*, 27, 9, et L. 7, C., *qui potiores*, 8, 18. *Voy*. ci-après t. II, § 331, n° 6.

[43] Fr. 5, D., *qui potiores*, 20, 4. « ... Si in rem istam conservandam *impensum est*, quod sequens credidit. » - L. 7, C., *eodem*, 8, 18. « Eum, cujus pecunia prædium *comparatum probatur*, quod ei pignori esse specialiter obligatum *statim convenit*, omnibus anteferri, juris auctoritate declaratur. »

[44] L. 1, C., *si propter publicas pensitationes*, 4, 64. - L. 3, C., *de primipilo*, 12, 63.

[45] C'est ainsi que s'explique le Fr. 28, D., *de jure fisci*, 49, 14. « Si qui mihi obligaverit, quæ habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est *in re postea acquisita, fiscum potiorem esse debere*, Papinianum respondisse : quod et constitutum est. Prævenit enim causam pignoris fiscus. » - Fr. 22. § 1, D., *eodem*. « Sed si ante alii res obligatæ sunt jure pignoris, non debet procurator (fisci), jus creditorum lædere, etc. » - Fr. 8, D., *qui potiores*, 20, 4. « Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, præferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est : quia et privati præferuntur. » Cf. Fr. 21, pr. D., *eodem* et L. 2, C., *de privileg. fisci*, 7, 73.

[46] § 29, I., *de action.*, 4, 6. - L. 50, C., *de jure dotium*, 5, 12. - L. 12, § 1, C., *qui potiores*, 8, 18. - *Nov.* 61, c. 1.

stitutions des empereurs qui règlent cette matière, font naître des controverses inextricables. Toutes choses égales, il paraît qu'il faut placer 1° au premier rang le fisc pour les impôts et les dettes des *primipili;* 2° un cas particulier de *in rem versio* en faveur de celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition d'un office, *militia*, et qui s'est réservé expressément la préférence [47]; 3° la femme et ses descendants; 4° en général les divers cas de *in rem versio;* 5° enfin, en dernier lieu, le fisc pour ses créances ordinaires. Si dans l'une de ces cinq classes, plusieurs créanciers concourent, il faut examiner s'il y a lieu d'accorder la préférence à l'un d'eux, à cause de la priorité ou de la publicité de son titre; dans le cas contraire, ils concourent tous au prorata de leur créance [48].

§ 250. *Des droits du créancier préféré et de la succession dans ces droits accordée aux créanciers postérieurs* †.

Le créancier qui est le premier dans l'ordre jouit seul de tous les pouvoirs contenus dans le droit de *pignus*. Notamment : 1° Lui seul a le droit de faire vendre la chose, afin d'obtenir payement de sa créance; il a les actions hypothécaires sans aucune restriction, et peut les intenter contre qui que ce soit, même contre les créanciers postérieurs qui se trouveraient en possession de la chose, ou contre le tiers qui l'aurait achetée d'un créancier postérieur [49]. 2° Il a le droit de se faire payer en entier sur le prix de la vente, quand même il l'absorberait à lui seul : s'il y a un excédant, il doit en rendre compte aux créanciers postérieurs et à l'ancien propriétaire [50]. — Les droits des créanciers postérieurs sont donc fort restreints; ils ne peuvent faire vendre la chose sans l'autorisation du créancier antérieur, ils n'ont même aucun moyen de contraindre celui-ci à procéder à la vente [51]. A l'égard des personnes tierces, cependant, ils peuvent faire valoir leurs droits de toute manière, particulièrement au moyen de l'action hypothécaire. Si le créancier antérieur vend la chose engagée,

47 *Nov.* 97, c. 2. - *Nov.* 109, c. 1. - Cf. L. 2, C., *de privil. fisci*, 7, 73.

47 *Nov.* 97, c. 4.

48 L. 12, § 1, in f. C., *qui potiores*, 8, 18. - Arg. *Nov.* 91, c. 1.

† Tit, D., *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, 20, 4. - Tit. C., *de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, 8, 19.

49 Fr. 12, pr. D., *h. t.*

50 Fr. 20, D., *h. t.* - Fr. 15, § 2, D., *de pign.*, 20, 1. *Voy.* ci-dessus § 247, note 31.

51 Fr. 12, pr. D., *h. t.* - Fr. 1. 5. pr. D., *de distract. pign.*, 20, 5. - L. 7, C., *de oblig. et act.*, 4, 10. - L. 8, C., *qui potiores*, 8, 18. - L. 1, C., *creditorem evictionem pignoris non deberi*, 8, 46. - Fr. 6, pr. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. — Il y a une exception en faveur de fisc. Fr. 1, § 21, *verb.* Et si quidem. D., *de jure fisci*, 49, 14.

l'hypothèque des créanciers postérieurs s'éteint, ils n'ont que le droit de demander qu'on leur donne l'excédant du prix [52].

Les créanciers postérieurs peuvent cependant améliorer leur position, en se faisant subroger dans les droits d'un créancier antérieur quelconque, même du plus privilégié. Rien ne s'oppose à ce que la subrogation se fasse du consentement du créancier antérieur, qui cède à un autre sa créance et l'hypothèque y attachée [53]; mais, dans certains cas, pareille succession hypothécaire a même lieu sans que le créancier antérieur y intervienne : 1° Le débiteur qui emprunte une somme, à l'effet de payer une dette hypothécaire, peut subroger le nouveau créancier dans les droits de l'ancien, sans que celui-ci intervienne dans l'acte et sans que les autres créanciers puissent s'y opposer [54]. — 2° La subrogation a lieu au profit de l'acquéreur d'une chose hypothéquée, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels la chose était hypothéquée, ou de l'un d'eux. Ce n'est que par une fiction que l'on accorde, dans ce cas, un droit de *pignus* au propriétaire même de la chose; le but de cette fiction est de lui assurer la possession tranquille de son acquisition, en empêchant les autres créanciers de faire vendre la chose acquise de ses deniers [55]. — 3° Si un créancier remplace l'obligation pour laquelle une hypothèque est constituée par une créance nouvelle, cette dernière devrait, à la rigueur, venir après toutes les autres créances hypothécaires déjà existantes; mais les parties peuvent convenir que la nouvelle dette remplacera l'ancienne sous tous les rapports, même pour la priorité du droit d'hypothèque [56]. — 4° Enfin, un créancier hypothécaire peut forcer tout autre créancier hypothécaire à lui céder son rang, moyennant payement de sa créance et de tous les accessoires [57]. Cette subrogation a lieu exclusivement pour la somme que le créancier postérieur paye : elle n'agit point en faveur de sès autres créances [58].

[52] Fr. 12, § 5-7. Fr. 20, D., *h. t.*, 20, 4. - L. 6, 7. C., *de obligat. et act.*, 4, 10. - L. 6, C., *h. t.*, 8, 19. - L. 1, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit*, 8, 20. Cf. L. 3, § 4. C., *de jure dominii impetrando*, 8, 34.

[53] A cet ordre d'idées appartient le *pignus pignori datum*, ci-après § 251.

[54] Fr. 3. Fr. 12, § 9, D., *quæ res pignori*, 20, 3. - Fr. 12, § 8, D., *qui potiores*, 20, 4. - L. 1, C., *eodem.*, 8, 18.

[55] Fr. 17, D., *qui potiores*, 20, 4. - Fr. 3, § 1, D., *de distract. pign.*, 20, 5. - 3, C., *qui potiores*, 8, 18.

[56] Dans ce cas, le créancier se succède pour ainsi dire à lui-même. Fr. 11, § 1. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 3, pr. Fr. 12, § 5. Fr. 21, pr. D., *h. t. Voy.* aussi ci-après § 254. note 6.

[57] Paul, II, 13, 8. - Fr. 20, D., *h. t.* - L. 22, C., *de pignoribus*, 8, 14. « Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus ; et a debitore sortem ejusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras accipere potest. » - L. 1. 5, C., *qui potiores*, 8, 18. — Pour que le second créancier soit subrogé aux droits du premier, il n'est pas même besoin de cession formelle; la subrogation a lieu de plein droit à la suite du payement. Fr. 16, D., *h. t.* - L. 3, C., *h. t.* Cf. ci-après t. II, § 272.

[58] Fr. 16, D., *h. t.* Cf. L. un, in f. C., *etiam ob chirographariam pecuniam*, 8, 27.

On désigne ce droit, qui est accordé de la manière la plus étendue à tous les créanciers hypothécaires entre eux [59], par le nom de *jus offerendæ pecuniæ, jus offerendi* [60]. L'avantage qui en résulte pour le créancier subrogé est principalement de pouvoir se mettre en possession de la chose et d'empêcher ainsi toute aliénation qui serait contraire à ses intérêts [61]. Le *jus offerendi* diffère des moyens précédents, en ce qu'il ne peut être exercé que par les créanciers qui ont une hypothèque sur la chose [62]. On a cependant permis à la caution de se faire subroger dans les droits du créancier hypothécaire qui la contraint à payer pour le débiteur [63].

§ 251. *Du pignus pignori datum.*

Il est un cas particulier dans lequel le créancier, fût-il même au premier rang, ne peut procéder à la vente de la chose engagée : c'est le cas du *pignus pignori datum*. A la rigueur, nous ne pouvons engager une chose sur laquelle nous n'avons nous-même qu'un droit de gage ou d'hypothèque, mais nous pouvons céder à un autre la faculté d'exercer en notre nom les pouvoirs contenus dans notre droit. Si cette cession se fait dans l'intention d'assurer au cessionnaire le payement d'une créance, on dit qu'il y a *pignus pignori datum* [64]. Un exemple fera mieux comprendre les résultats quelque peu compliqués de cette opération. Pierre m'a donné sa maison en gage pour sûreté d'une créance que j'ai à sa charge. Je deviens à mon tour débiteur de Paul, à qui j'accorde un droit de gage sur la maison que Pierre m'a engagée. Ce double engagement aura pour effet de me dessaisir du droit de faire vendre la maison de Pierre, tant que je reste débiteur de Paul. Le droit de vente compète uniquement à Paul, et il pourra le faire valoir au moyen d'une action hypothécaire utile, pourvu, bien entendu, que la dette de Pierre soit exigible [65]. Si Paul vend la chose, il pourra se faire payer sur le prix de vente, mais seulement

[59] Fr. 11, § 4. Fr. 12, § 6. Fr. 16, D., *h. t.* - Fr. 3, § 2. D., *de distract. pign.*, 20, 5. - L. 10, C., *qui potiores*, 8, 18. - L. 2, C., *h. t.* - L. 1, C., *si antiquior creditor*, 8, 20. - Fr. 3, § 1. Fr., 5, § 1. D., *de distract. pign.*, 20, 5. Il est même accordé contre la caution qui a acquis la chose hypothéquée en payant pour le débiteur. Fr. 2. Fr. 5, § 1. D., *eodem.*

[60] Fr. 2, pr. D., *de distract. pign.*, 20, 5.

[61] Fr. 5, pr. D., *de distract. pign.*, 20, 5. - L. 22, C., *de pignor.*, 8, 14. - L. 1. 3. L. 8, C. *qui potiores*, 8, 18. - L. 3, C., *si antiquior creditor*, 8, 20.

[62] L. 10, C., *qui potiores*, 8, 18.

[63] L. 2, C., *de fidejussoribus*, 8, 41.

[64] Voyez sur cette matière Tit. C., *si pignus pignori datum sit*, 8, 24. - Fr. 40, § 2, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 13, § 2, D., *de pignor.*, 20, 1. Cf. Fr. 14, § 3. D., *de diversis temporal. præscript.*, 44, 3.

[65] Fr. 13, § 2, D., *de pignor.*, 20, 1. « ... Quatenus *utraque pecunia debeatur*, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. » - L. 1, C., *si pignus*

jusqu'à concurrence de ce que Pierre me doit; s'il y a un excédant, il doit le restituer à Pierre. Le droit de gage s'éteindra non-seulement quand j'aurai payé ce que je dois à Paul, mais encore dans le cas où Pierre s'acquitte envers moi [66]. Cependant si l'objet que Pierre me paye en acquit de sa dette est un corps certain et déterminé, il sera frappé d'hypothèque en faveur de Paul [67].

DES ACTIONS RÉSULTANT DES DROITS DE GAGE OU D'HYPOTHÈQUE.

§ 252. *De l'action hypothécaire et de l'interdit Salvien.*

I. De l'action hypothécaire. Nous emploierons le mot action hypothécaire pour désigner l'action Servienne avec ses applications analogues, *actio Serviana* et *quasi Serviana*. Elle est aussi appelée dans nos sources *pignoratitia actio* [1], mais nous éviterons de lui donner ce nom pour ne pas la confondre avec l'action personnelle qui résulte de ce qu'un créancier reçoit une chose à titre de gage, et qui peut exister, abstraction faite de tout droit réel [2].

L'action hypothécaire est donc l'action réelle par laquelle le créancier fait valoir le *jus in re* qu'il a sur la chose engagée ou hypothéquée [3]. Le demandeur doit prouver l'existence de son droit de gage ou d'hypothèque. Cette preuve se compose des trois éléments suivants : 1° l'existence de la dette pour la sûreté de laquelle le *pignus* a été constitué [4]; 2° le droit de propriété de celui qui a constitué le droit [5]; 3° l'établissement du *pignus* par l'un des trois modes indiqués ci-dessus [6]. Si ces points sont établis, l'action du demandeur est fondée et recevable, pourvu qu'il ait intérêt à agir,

pignori, 8, 24. « ... Scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui jus repræsentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit... »

[66] L. 2, C., *si pignus pignori datum sit*, 8, 24.

[67] Fr. 13, § 2, D., *de pignor.*, 20, 1. « ... Si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. »

[1] Nous trouvons également les termes *pignoris persecutio*, *persecutio hypothecaria*, et *vindicatio pignoris*.

[2] *Voy.* ci-après, t. II, § 324.

[3] § 1, I., *de actionibus*, 4, 6. - Fr. 17, D., *de pignoribus*, 20, 1. - L. 17, C., *eodem*, 8, 14.

[4] L. 10, C., *de pignorat. act.*, 4, 24. - L. 1, C., *si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit*, 8, 33. - Cf. Fr. 13, § 1, D., *ad Sc. Vellejanum*, 16, 1. - Fr. 16, § 4, D., *de pignoribus*, 20, 1. - Fr. 13, § 1, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2.

[5] *Voy.* les développements donnés ci-dessus § 241, notes 24 et suivantes.

[6] Fr. 23, D., *de probationibus*, 22, 3. - Cf. Fr. 15, § 1, D., *de pignor.*, 20, 1. - L. 10. *verb.* Ut autem, C., *de pignorat. act.*, 4, 24. - L. 1, C., *si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit*, 8, 33.

c'est-à-dire que la dette soit exigible ou qu'il y ait quelque danger pour son droit [7].

Elle est donnée contre quiconque empêche le créancier hypothécaire de faire valoir son droit dans l'étendue que la loi lui garantit; en d'autres termes, contre le possesseur de la chose engagée ou hypothéquée [8]. Elle peut également être intentée contre celui qui par son dol a cessé de posséder la chose [9].

Le but de l'action est d'obtenir que le droit de *pignus* soit reconnu appartenir au créancier [10]. La conséquence en est que le demandeur doit être mis en état d'exercer son droit. L'action hypothécaire appartenant à la catégorie des actions arbitraires, il appartient au juge de prendre les mesures qu'il juge les plus propres à atteindre ce but [11]. Le défendeur peut éviter la condamnation, soit en abandonnant la possession de la chose engagée ou hypothéquée, soit en éteignant le droit du demandeur par le payement de la dette pour la sûreté de laquelle l'hypothèque était constituée [12]. S'il n'en fait rien, le juge le condamnera ordinairement à la restitution de la chose avec les accessoires [13], ou, le cas échéant, au payement des dommages et intérêts [14].

[7] Quand il s'agit d'une simple hypothèque, l'action hypothécaire ne peut être intentée avant l'échéance de la dette. Fr. 5, § 1, D., *quib. mod. pign. solvitur*, 20, 6. - L. 10, C., *de pign.*, 8, 14. — Quand il s'agit d'un *pignus* proprement dit, il peut y avoir lieu de l'intenter avant cette époque. Fr. 14, pr. D., *de pignor.*, 20, 1.

[8] Fr. 16, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. — Pour le cas où la chose est grevée de plusieurs hypothèques, *Voy.* ci-dessus § 250, notes 49 et suivantes.

[9] Fr. 10, § 3, D., *de pignoribus*, 20, 1.

[10] Fr. 12, pr. D., *qui potiores in pignore habeantur*, 20, 4. « ... Adjudicari ei poterit hypotheca. »

[11] § 31, I., *de actionibus*, 4, 6. « ... Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat... condemnari debeat... veluti Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. »

[12] Fr. 16, § 3. 6. Fr. 21, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 2. 12, § 1, D., *quib. mod. pign. solv.*, 20, 6. - L. 19, C., *de usuris*, 4, 32. - L. 2, C., *si unus ex pluribus heredibus*, 8, 32.

[13] Fr. 16, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 66, pr. D., *de evict.*, 21, 2.—Quant aux fruits de la chose, *Voy.* Fr. 1, § 2, D., *de pign.*, 20, 1. - Fr. 16, § 4, D., *eodem.* « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim, si minoris sit pretium quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, *nisi exstent et res non sufficit.* » Telle est la leçon du manuscrit de Florence; la vulgate lit « nisi res exstent. » — Le défendeur peut, s'il a de justes motifs, obtenir un délai pour la constitution de la chose moyennant caution. Fr. 16, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. Cf. ci-dessus § 205, note 52.

[14] Fr. 16, § 3, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 21, § 3, D., *eodem.* « Si res pignorata non restituatur, lis adversus possessorem erit æstimanda; sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem. Nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest; adversus ceteros possessores etiam pluris. Et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet creditori pignoratitia actione. » *Voy.* les détails de cette question ci-après, t. II, § 261.

De son côté, le défendeur peut faire valoir différentes exceptions, parmi lesquelles nous signalerons spécialement les suivantes : 1° La *prescriptio temporalis,* qui est de dix ou vingt ans, si le défendeur a acquis la possession en vertu d'un juste titre et de bonne foi, c'est-à-dire ignorant que la chose était hypothéquée au demandeur [15]. La *prescriptio longissimi temporis* peut être proposée après trente ans par le tiers possesseur [16]; mais le débiteur et ses héritiers ne peuvent s'en prévaloir qu'après quarante ans [17]. En tout cas, le délai de la *prescriptio longissimi temporis* ne commence à courir que du moment où le créancier a pu exercer son droit, qui est ordinairement le moment de l'échéance de la dette [18].—2° L'*exceptio ordinis.* Si c'est contre un tiers possesseur ou contre une caution que le créancier intente l'action hypothécaire, le défendeur peut le forcer à discuter d'abord personnellement le débiteur avant de poursuivre la chose hypothéquée [19]. Ce moyen de défense, créé par Justinien, est ordinairement appelé *exceptio excussionis personalis,* en opposition à un autre moyen appelé *exceptio excussionis realis,* et qui a lieu quand le débiteur a accordé au créancier une hypothèque générale, et en outre pour la même dette une hypothèque spéciale. Si, dans ce cas, le créancier veut faire valoir son hypothèque générale, le défendeur peut exiger qu'il s'en tienne, d'abord, à la chose spécialement engagée, et qu'il ne discute l'hypothèque générale que pour autant que l'hypothèque spéciale se trouve insuffisante [20]. — 3° Le défendeur, possesseur de bonne foi, qui doit répondre à l'action hypothécaire peut contraindre le demandeur à lui céder ses droits et actions contre le débiteur [21]. — 4° Enfin le tiers possesseur peut, selon les circonstances, réclamer le remboursement des impenses qu'il a faites sur la chose [22].

2° De l'interdit Salvien. Pour le cas qui avait donné lieu à l'action Servienne, le préteur Salvius créa un interdit *adipiscendæ possessionis, interdictum Salvianum.* Cet interdit compétait au bailleur d'un *prædium*

[15] Fr. 12, D., *de div. temp. præsc.,* 44, 3. - L. 19, C., *de evict.,* 8, 45. - L. 7. C., *de oblig. et act.,* 4, 10 et surtout L. 8, C., *de præscr. XXX vel XL ann.,* 7, 39.

[16] L. un. Th. C., *de act. certo temp. finiendis,* 4, 14. - L. 4, J, C., *de præscr. XXX vel XL ann.,* 7, 39.

[17] D'après la L. un. Th. C., *de act. certo temp. fin.,* 4, 14 le débiteur et ses héritiers ne pouvaient jamais se prévaloir de la prescription ; Justinien a modifié cette disposition en leur accordant la prescription de quarante ans. L. 3. 7, pr. C., *de præsc. XXX vel XL annorum,* 7, 39.

[18] *Voy.* ci-dessus note 6, et § 146, n° 1.

[19] *Nov.* 4, c. 2. — Pour le droit ancien, *voy.* Fr. 14, C.. *de oblig. et act.,* 4, 10. - L. 14. 24, C., *de pignoribus,* 8, 14. - Fr. 47, pr. D., *de jure fisci,* 49, 14. - L. 1, C., *de conveniendis fisci debitoribus,* 10, 2.

[20] L. 2, C., *de pignoribus,* 8, 14. - L. 9, C., *de distract. pignorum,* 8, 28. — Le même privilége est accordé aux fidéjusseurs qui ont donné des gages ou hypothèques. *Nov.* 4, c. 2.

[21] Fr. 19, D., *qui potiores in pignore,* 20, 4.

[22] Fr. 29, § 2, D., *de pignoribus,* 20, 1. - Fr. 44, § 1, D., *de damno infecto,* 39, 2.

† Tit. D., *de Salviano interdicto,* 43, 33. - Tit. C., *de precario et Salv. interd.,* 8, 9.

rusticum et avait pour but de donner au demandeur la possession des objets hypothéqués pour sûreté du prix de ferme [23]. Il était accordé non-seulement contre le fermier, mais encore contre tout tiers possesseur des choses hypothéquées [24]. Il n'y avait donc qu'une différence de procédure entre cette action et l'action hypothécaire, et il eût été rationnel de fondre les deux institutions, d'autant plus que l'interdit de Salvius avait subi les mêmes applications analogues que l'action Servienne [25].

§ 253. *Des actions possessoires.*

Le créancier gagiste, ayant la possession de la chose engagée, peut se servir des interdits ordinaires *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* [26].

Le créancier hypothécaire n'a ni la possession matérielle de la chose, ni la quasi-possession de son droit, par conséquent il n'a aucune action possessoire. Aussi n'en a-t-il pas besoin, car l'exercice de son droit a pour effet de l'éteindre.

COMMENT LE DROIT DE GAGE OU D'HYPOTHÈQUE S'ÉTEINT †.

§ 254.

Les modes généraux d'extinction, communs à tous les droits, s'appliquent naturellement aussi au droit de gage ou d'hypothèque [1]. Nous n'avons donc à nous occuper ici que des cas qui présentent quelque intérêt particulier. — Il paraît inutile d'insister sur ce que l'extinction du droit

[23] GAIUS, IV, 147. - § 3, in f. I., *de interdictis*, 4, 15. - Fr. 2, § 2, D., *eodem*, 43, 1.

[24] Cela est certain pour le droit de Justinien. Fr. 1, § 1. D., *de Salv. interd.*, 43, 33. - THÉOPHILE, ad § 3, I., *de interd.*, 4, 15. Cependant d'après la loi 1, C., *de precario et Salv. int.*, 8, 9, il paraîtrait qu'il ne peut être dirigé que « adversus conductorem debitoremve. » Cette constitution du Code est un rescrit de GORDIEN.

[25] PAUL, V, 8, 16. - Fr. 2, § 3, D., *de interdictis*, 43, 1. — Les Fr. 1, § 1, 2, et Fr. 2, D., *h. t.* contiennent cependant des dispositions toutes spéciales pour le cas où la créance hypothécaire ou la chose hypothéquée appartiennent à plusieurs par indivis.

[26] *Voy.* ci-dessus § 167. — Cf. Fr, 35, § 1, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 1, § 19, D., *de vi*, 43, 16. - Fr. 6, § 4, D., *de precario*, 43, 26.

† Tit. D., *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, 20, 6. - Tit. C., *de remissione pignoris*, 8, 26. - Tit. C., *de luitione pignoris*, 8, 31.

[1] Ainsi l'hypothèque constituée à terme s'éteint par l'expiration du terme. Fr. 6, pr. D., *h. t.* — C'est en généralisant la disposition toute particulière du Fr. 24, § 3, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. que quelques auteurs ont prétendu à tort que l'abus que le créancier ferait de la chose engagée aurait pour effet d'éteindre le droit d'hypothèque. Cf. ci-après, t. III, § 417.

de *pignus* n'exerce pas elle-même aucune influence sur l'existence de la dette pour la sûreté de laquelle il a été constitué [2].

1° L'hypothéque s'éteint d'abord par la perte de la chose engagée ou hypothéquée [3]. Un simple changement de la chose n'opère pas l'extinction du droit. Ainsi, si la maison s'écroule, l'hypothèque continue de frapper le sol et par conséquent aussi la maison qui pourrait y être construite par la suite [4].

2° Par l'extinction de la dette pour la sûreté de laquelle le droit a été constitué [5]. Il importe peu de quelle manière la dette ait été éteinte, pourvu que le créancier trouve satisfaction [6]; l'hypothéque cessera même, si c'est par la faute du créancier que le payement de la dette n'a pu avoir lieu [7]. Mais il faut que la dette soit éteinte en entier avec tous ses accessoires. L'extinction partielle de la dette n'influe en rien sur l'existence de l'hypothèque, qui continue de subsister pour le reste, parce qu'elle est de sa nature indivisible [8]. — Il ne faut pas confondre l'extinction de la dette avec l'extinction de l'action, qui sert à faire valoir l'obligation. Ainsi la *præscriptio temporalis* a pour effet d'éteindre le droit d'action, mais point la créance même [9];

[2] L. 9, C., *de pignorat. act.*, 4, 24. « ... Consequens est, secundum jus perpetuum pignoribus debitori pereuntibus... personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. » Cette considération est surtout importante pour le cas où le créancier renoncerait à son droit d'hypothèque. Ci-après n° 4.

[3] Fr. 8. pr. D., *h. t.*, 20, 6.

[4] Fr. 18, § 3, Fr. 21, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 16, § 2. Fr. 29, § 2. Fr. 35, D., *de pign.*, 20, 1. Cf. Fr. 13, pr. D., *eodem.*

[5] Fr. 43, D., *de solutionibus*, 46, 3.

[6] Fr. 5, § 2, 3. Fr. 6, pr. D., *h. t.*, 20, 6. « Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. » Cependant, bien que la *litis contestatio* et le jugement éteignent la dette, qui dès lors est remplacée par une nouvelle obligation, cette extinction n'a pas pour effet d'éteindre le droit d'hypothèque constitué pour la sûreté de la dette. *Voy.* ci-dessus § 141, note 82, § 155, note 5 et Fr. 13, D., *de pignor.*, 20, 1. « Etiamsi creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet. » - Fr. 17, § 2. D., *de pactis*, 2, 14. - Fr. 11, § 1, 2, 5. D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 13, § 1, D., *ad SC. Vellejanum*, 16, 1. - L. 19, C., *de usuris*, 4, 32. - L. 8, C., *de pignor.*, 8, 14.- L. 2, C., *debitorem vendit. pignor. impedire non posse*, 8, 29. - L. 3, C., *de luit. pignoris*, 8, 31. — D'autres exceptions, justifiées par de puissantes considérations d'équité, sont sanctionnées par le Fr. 38, § 5. D., *de solutionibus*, 46, 3. (Cf. ci-après t. II, § 378), et la L. 1, C., *si antiquior creditor*, 8, 20. *Voy.* aussi ci-dessus § 250, nos 1, 2, 3.

[7] Fr. 20, § 2, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 4, § 4, D., *qui potiores*, 20, 4. - Fr. 6, § 1. D., *quib. mod. pign. solv.*, 20, 6, - L. 19, C., *de usuris*, 4, 32. - L. 3, C., *de luit. pign.*, 8, 31.

[8] Fr. 8, § 5, Fr. 9, § 3, *de pignorat. act.*, 13, 7.-Fr. 13, § 6, D., *de pignoribus*, 20, 1.-Fr. 85, § 6, D., *de verb. oblig.*, 45, 1. - L. 6. 16. C., *de distract. pign.*, 8. 28. - L. 2, C., *debitorem venditionem pignoris impedire non posse*, 8, 29. - L. 1, C., *de luit. pign.*, 8, 31. - L. 2, C., *si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit, vel acceperit*, 8, 32.

[9] L'application la plus frappante de cette règle est le délai de quarante ans, exigé pour la prescription extinctive, lorsqu'elle doit être opposée par le débiteur ou ses héritiers. Voir ci-dessus § 254, note 17. Ajoutez L. 2, C., *de luit. pign.*, 8, 31. « Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. » Et ci-après t. II, § 379.

il reste une obligation naturelle, par conséquent aussi le droit de gage ou d'hypothèque continuera de subsister [10].

3° Par la confusion. Si la propriété et la qualité de créancier hypothécaire se trouvent réunies dans la même personne, le droit d'hypothèque s'éteint naturellement [11]. Cependant, nous avons vu que, par des motifs d'équité, on admet quelques exceptions à cette règle fondée dans la nature des choses en accordant, dans certains cas, un droit d'hypothèque, pour ainsi dire fictif, à l'acquéreur de la chose hypothéquée [12].

4° Par la renonciation. La renonciation peut être expresse [13], ou tacite. On présume que le créancier renonce à son droit de gage ou d'hypothèque *a*) s'il restitue au débiteur la chose engagée ou ses titres d'hypothèque [14], *b*) s'il permet au débiteur de vendre la chose engagée ou hypothéquée [15], *c*) s'il permet au débiteur d'engager ou d'hypothéquer la chose en faveur d'un autre [16]. Toutefois, le créancier est toujours admis à prouver que ces actes n'ont pas été faits dans l'intention de renoncer à son droit [17].

5° Par la révocation du droit de propriété de celui qui a constitué le *pignus*, dans les cas où cette révocation s'exerce *in rem* [18]. Le droit d'hypothèque consenti par l'emphytéote ou le superficiaire s'éteint par l'extinction de l'emphytéose et de la superficie [19]. De même, le *pignus pignori*

[10] Il en est de même de tous les cas dans lesquels une obligation se trouve éteinte sous le point de vue purement civil, de manière qu'une obligation naturelle continue de subsister. Fr. 14, § 1, D., *de pign.*, 20, 1. « Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat. » — Fr. 59, pr. D., *ad Senatuscons. Trebellianum*, 36, 1. - L. 8, C., *de luit. pign.*, 8, 31, citée à la fin de la note précédente. Cf. ci-après t. II, §§ 277 et 379.

[11] Fr. 29, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 9, pr. D., *quib. mod. pignus. solvitur*, 20, 6. - Fr. 30, § 1, D., *de except. rei jud.*, 44, 2. « ... Neque enim potest pignus perseverare, domino constituto creditorr. »

[12] *Voy.* ci-dessus § 250, n° 2, ainsi que les Fr. 30, § 1, D., *de exc. rei jud.*, 44, 2. et L. 1, C., *si antiquior creditor*, 8, 20.

[13] Fr. 9, § 3, D., *de pignorat. act.*, 13, 7. - Fr. 5, pr. D., *quib. modis*, 20, 6. « Solvitur hypotheca, et si ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat... » - Fr. 6, pr. 8, § 1, D., *eodem*. - Fr. 1, § 1. D., *de liberat leg.*, 34, 3. - L. 23, C., *de pign.*, 8, 14. - Tit. C., *de remiss. pign.*, 8, 26.

[14] L. 7, 9, C., *de remiss. pign.*, 8, 26.

[15] Fr. 158, D., *de reg. jur.*, 50, 17. - Fr. 4, § 1, D., *quib. modis*, 20, 6. - L. 2, C., *de remiss. pign.*, 8, 26. — Le motif de cette présomption est que le débiteur n'a pas besoin de l'autorisation du créancier pour vendre, et qu'on ne peut supposer que les parties aient voulu faire un acte inutile. Au reste il est à remarquer 1° qu'il faut le consentement du créancier (Fr. 8, § 15. D., *quib. mod.*, 20, 6.); 2° que l'hypothèque n'est éteinte que pour autant que le débiteur aliène valablement la chose hypothéquée ou engagée. Fr. 4, § 2. Fr. 8, § 6. Fr. 10, pr. D., *eodem*. - L. 11, C., *de remissione pignoris*, 8, 26.

[16] Fr. 9, § 1, Fr. 12, pr. D., *quib. modis*, 20, 6. - Fr. 12, § 4, D., *qui potiores*, 20, 4.

[17] Fr. 4, § 1. D., *quibus modis*, 20, 6. - Fr. 12, § 4, D., *qui potiores in pignore*, 20, 4.

[18] Fr. 3, D., *quib. modis*, 20, 6. - Fr. 4, § 3, D., *de in diem addict.*, 18, 2. - L. 3, § 3, C., *communia de legatis*, 6, 43.

[19] Fr. 31, D., *de pignoribus*, 20, 1.

datum ne peut survivre à l'extinction du droit du premier créancier [20].

6° Par la prescription. Nous avons vu ci-dessus que les servitudes peuvent s'éteindre soit par le simple non-usage, soit par une espèce de *libertatis usucapio* de la part du propriétaire de la chose assujettie. Il n'en était pas de même du droit d'hypothèque. Dans l'ancien temps, l'usucapion n'avait point pour effet d'éteindre les hypothèques dont la chose usucapée était grevée; mais la *longi temporis præscriptio* opposée comme exception à l'action hypothécaire ôtait toute efficacité au droit d'hypothèque [21]. Après la fusion opérée par Justinien, la possession acquise en vertu d'un juste titre et avec bonne foi, c'est-à-dire, sans que l'existence du droit d'hypothèque soit connue de l'acquéreur, suffit pour donner après dix ou vingt ans la propriété libre de la chose acquise [22]. A défaut de juste titre ou lorsque les conditions requises pour la *longi temporis præscriptio* ne se trouvent pas réunies, la *præscriptio longissimi temporis* produira le même effet, pourvu que la possession ait été acquise de bonne foi [23]. Il s'en suit que jamais le débiteur ou ses héritiers ne peuvent usucaper la liberté de la chose, pas plus que les tiers possesseurs qui savent que la chose est hypothéquée ou engagée. Cependant, même les possesseurs de mauvaise foi peuvent après trente ans, opposer la *præscriptio temporalis* à l'action hypothécaire dirigée contre eux. Le délai est de quarante ans pour le débiteur et ses héritiers [24].

7° Par la vente de la chose régulièrement faite par le créancier. Elle éteint non-seulement le droit du créancier qui fait vendre, mais encore toutes les hypothèques postérieures [25].

[20] Voir ci-dessus § 231, note 66.

[21] Voir ci-dessus § 201 et Fr. 1, § 2, D., *de pignor.*, 20, 1. - Fr. 44, § 5, D., *de usurpat.*, 41, 3. - Fr. 2, pr. D., *pro herede*, 41, 5. - Fr. 5, § 1. Fr. 12, D., *de div. temp. præsc.*, 44, 3. - L. 7, C., *de obligat. et act.*, 4, 10. - Tit. C., *si adversus creditorem præscriptio opponitur*, 7, 36.

[22] L. 8, pr. C., *de præsc. XXX vel XL annorum*, 7, 39. « Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos ejus, vel creditores hypothecam ejus prætendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus... »

[23] L. 8, § 1. C., *de præscr. XXX vel XL ann.*, 7, 39. *Voy.* en général § 200.

[24] L. 7, C., *de præscriptione XXX vel XL annorum*, 7, 39.

[25] L. 6, 7. C., *de obligationibus et actionibus*, 4, 10. - L. 6, C., *qui potiores in pignore habeantur*, 8, 18. - L. 1, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit*, 8, 20.

FIN DU TOME PREMIER.

CORRECTIONS.

Page 16.	Les n^os de renvoi 17 et 18 doivent être remplacés par les chiffres 1 et 2.
» 265, § 123.	Il faut ajouter le n° de renvoi 50 à la fin de la 5me ligne du paragraphe, changer le n° 50 en 51 et retrancher le n° 51.
» 283, note 37, ligne 2.	Au lieu de TU.... PROVOCAS lisez TE.... PROVOCO.
» » » 39, » 2.	Au lieu de MILLIS lisez MILIA.
» 322, ligne 11.	Au lieu de *fait licite* lisez *fait illicite*.
» 351, » 11.	Au lieu de *nous bornons* lisez *nous nous bornons*.
» 354, » 11.	Retranchez le mot *également*.
» » » 19.	Au lieu de *Le* lisez *Ce*.
» 362, » pénult.	Au lieu de *præjudiciabiles* lisez *præjudiciales*.
» 367, » 12.	Retranchez le n° de renvoi 74.
» » » 17.	Placez après le mot *donné* le n° de renvoi 74.
» » » ult.	Retranchez le n° de renvoi 75.
» 368, » 4.	Au lieu du n° de renvoi 76 lisez 75.
» » » 8.	Placez après le mot *s'exécute* le n° de renvoi 76.
» 384, note 84, l. ult.	Au lieu de *deductione* lisez *deductum*.
» 419, note 16, l. 2.	Au lieu de *à une action* lisez *aux actions*.
» 501, ligne 6.	Au lieu de *litis cobtulit* lisez *liti se obtulit*.
» » note 43, l. 5.	Au lieu de *Possessio dolus est* lisez *Pro possessione dolus est*.

Après ces fautes d'impression qui altèrent le sens des phrases dans lesquelles elles se rencontrent, il nous reste à indiquer un nombre, malheureusement assez grand, d'inexactitudes qui se sont glissées dans les notes de ce volume et qui proviennent en majeure partie de ce qu'on a fréquemment omis de modifier les renvois conformément aux changements apportés dans la série des paragraphes et des notes de cette nouvelle édition.

Page 16. Les numéros d'ordre des notes 17 et 18 doivent être changés en 1 et 2.
P. 24, n. 43. Au lieu de 24, lisez : 23.
» 26, » 52, l. 1. » *note* 62, » *note* 98.
» 26, » 55, » ult. » § 23, » § 22.
» 27, » 56, » ult. » 17, » 19.
» 29, » 63, » 3. » *note* 64, » *note* 66.
» 30, » 67, » 1. » VI, 39, » VI, 89.
» 33, » 5, » » § 178, » § 177.
» 50, » 52, » ult. » § 407 et 444, » §§ 409 et 446.
» 52, » 67, » » § 28, » § 29.
» 53, » 68, » » § 29 *et note* 23, lisez : § 29, *note* 23.
P. 53, n. 77. Au lieu de *note* 59, lisez : *note* 61.
P. 69, n. 77. Au lieu de 16, lisez : 47.
» 69, » 80, l. ult. » §§ 178. 179... 492, lisez : §§ 177. 178... 493.
P. 70, n. 84, l. 10 Au lieu de § 179, lisez : § 178
» 70, » 85, » » § 179. » § 178.
P. 72, n. 95. Au lieu de § 53. . § 416, lisez : § 54... § 418.
P. 73, n. 3, l. 1. Au lieu de *note* 23, lisez : *note* 31.
P. 89, n. 5. Au lieu de § 327, lisez : § 329.
» 98, » 30. » § 362, » § 364.
» 99, » 31. » §§ 438 - 453, lisez : §§ 440 - 455.
P. 99, n. 35. Au lieu de 364, lisez : 366.
» 104, » 56, l. 5. » § 447, » § 449.
» 110, » 25, » » § 40, » § 41.
» 114, » 49, » » § 73, » § 74.
» 115, » 54, » 1. » § 416, » § 417.
» 115, » 55, » » § 416, » § 418.
» 122, » 5, » » § 37, *note* 13, lisez : § 32, *note* 60.
P. 125, n. 6. Au lieu de § 64, lisez : § 65.
» 127, » 19, l. ult. » § 455, » § 435.
» 131, » 54, » pénult. » § 40, » § 41.
» 135, » 79, » » *notes* 45 et 47, lisez : *notes* 17 *et suivantes*.

CORRECTIONS.

P. 164. n. 10, Au lieu de 406, lisez : 405.
» 167, » 25. l. 2. » note 17, » note 87.
» 169, » 30, » » § 63, » § 64.
» 195, » 10, » ult. » § 63, » § 64.
» 220, » 86, » pénult. » § 60, » § 61.
» 228, » 26, » pénult. » Paul, III, 40, 5, lisez : Paul, III, 4, 5.

P. 262, n. 37. Au lieu de §§ 329 320, lisez : §§ 329, 330.

P. 280, n 24. Au lieu de §§ 35... 135, lisez : §§ 36... 130 sqq.

P. 281, n. 28, l. 2. Au lieu de § 54, lisez : § 56.
» 283, » 37, » 2, » tu... provocas, lisez : te... provoco.

P. 283, n. 39, l. 4. Au lieu de millis, lisez : millia.
» 284, » 40, » ult. » note 27, » note 41.
» 286, » 51, » 2, » note 4, » note 3.
» 286, » 63, » » note 94, » note 93.
» 286, » 55, » ult. » § 340, » § 143.
» 297, » 82, » » § 138, » § 139.
» 295, » 95, » 2. » Fr. 1, 1, § 3, lisez : Fr. 1, § 3.

P. 295, n. 97, l. 5. Au lieu de Gaius, 19, 185, lisez : Gaius, IV, 185

P. 301. n. 2, l. ult. Au lieu de § 137, note, lisez : § 137, note 18.

P. 315, n. 56, l. 5. Au lieu de § 355, lisez : § 353.
» 317, » 73, » 1. » note 11, » note 14.
» 318, » 79, » » notes 15, 99, lisez : note 15.

P. 329, n. 31, l ult. Au lieu de n° V, lisez : Litt. E.
» 338, » 20, » 1, » l. II, 20, lisez : II, 20
» 352, » 50, » ult. » § 387, lisez § 187.
» 355, » 15, » ult. » § 3, 161...... 4, lisez : § 2, 1 ...... 4, 11.

P. 360. n. 38, l. 2. Au lieu de §§ 217..., lisez : §§ 271...

P. 367. Reportez la note 75 à la page suivante.
» 370, n 85. Ajoutez « et § 224, note 32. »
» 373, » 3, l. pénult. Au lieu de § 147, note 49, lisez : § 149, note 5.

P. 380, n. 56, l. 3. Au lieu de *de dol. et act.*, lisez : *de obl. et act.*

P. 384, n. 84, l. ult. Au lieu de *deductione*, lisez : *deductum*.

P. 391, n. 7, l. 1. Au lieu de *note* 37, lisez : *note* 20.
» 396, » 20, » » § 170, » § 171.
» 405, » 58, » pénult. § 164, » § 167
» 405, » 61, » 2. » § 172, » § 173.
» 407, » 65, » ult. » n° 2, » litt. B.
» 408, » 67, » ult. » n° 1, » litt. A.
» 408, » 69, » ult. » B C, » B et C.
» 412, » 86, » ult. » § 174. » § 176.
» 413, » 95, » ult. » n° II, » litt. B.
» 413, » 96, » » note 11, » n° II.
» 418. » 12, » ult. » note 42, » note 41.
» 418, » 13, » » § 172, etc., » § 143, n° 2

P. 419. n. 15, l. 1. Au lieu de *note* 2, lisez : *note* 3.
P 420, n. 23, l. ult. Après *citee*, ajoutez *a la note* 15 *et*.

P. 422. n. 37, l. 9. Au lieu de *note* 81, lisez : *note* 85.

P. 424, n. 50, » Au lieu de *note* 3, lisez : *note* 2.
» 427, » 9, » » § 129, » § 120.
» 430, » 23, » » § 58 etc., » §§ 54. 75.
» 432, » 36, » 2. » § 374, » § 364.
» 436, » 49, » » § 165, *note* 13, lisez : 167, *note* 15.

P. 440, n. 58, » pénult. Au lieu de §§ 202, B, lisez : § 202, n° X.

P. 443, n. 78. Au lieu de § 194, lisez : § 195.
» 446, n° 97, l. 1. » § 19, *note* 21, lisez : § 120, *note* 23.

P. 449, n. 45, l. ult. Au lieu de § 102, lisez : § 112.
» 451, » 31, » ult. » § 401, » § 413.
» 465, » 2, » » *note* 547-51, lisez : *notes* 47-51.

P. 468, n. 21, » Au lieu de § 193, lisez : § 194
» 472, » 36, » 2. » § 241, » § 246.
» 473, » 45, » ult. » § 275, » § 295.
» 477, » 68, » ult. » *note* 94, » *note* 24.
» 482, » 88, » 1. » § 193, *notes* 26, 27, lisez : § 196, *notes* 54. 55.

P. 482, n 99, l. ult. Au lieu de § 46, lisez : § 146.
» 487, » 26, » 3. Retranchez les mots : *ci-dessus* § 193, *note* 31.

P. 491, n. 55, l. 1. Au lieu de *note* 22, lisez : *note* 31.

P. 493, n. 63, l. 1. Au lieu de § 142, *note* 19, lisez : § 146, *note* 27.

P. 493, n 64, l. 1. Au lieu de § 142, *note* 26, lisez : § 146, *notes* 34 sqq.

P. 501, n. 43, l. 5 Au lieu de *Possessio dolus est*, lisez : *Pro possessione dolus est*.

P. 504, n. 63. Ajoutez Fr. 16.

P. 506, n. 81, l. 1. Au lieu de Fr. 3, lisez Fr. 13
» 507, » 88, l. 1. » § 191, » § 193.
» 510, » 1, » 4. » § 60, » § 160.
» 510, » 2, » 9. » *notes* 32, » *notes* 31.
» 539, » 2, » ult. » *note* 8, » *note* 9.
» 539, » 4, » ult. » § 135, » § 155.
» 540, » 9, » ult Retranchez les mots : *et* § 219, *note* 23.

P. 541, n. 16, l. ult. Au lieu de *note* 13, lisez : *note* 25.

P. 565, n. 21, » Au lieu de *note* 28, lisez : *note* 27.

P. 565, n. 22, » 3 Au lieu de § 5, lisez : § 194.
» 568, » 38, » » § 222, *note* 87, lisez : § 231, *note* 29.

P. 574. n 15, l. ult. Au lieu de § 242, *note* 6, lisez : § 248 *note* 36

P. 584, n. 37, l. ult. Au lieu de § 413, C, 4, lisez : § 413, C.